

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

MEDENİ USUL HUKUKUNDA HATALI KARARLAR
DOKTORA TEZİ

DERYA KESKİNCİ

İstanbul, 2010

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

MEDENİ USUL HUKUKUNDA HATALI KARARLAR
DOKTORA TEZİ

DERYA KESKİNCİ

Danışman: Prof. Dr. M. Kamil Yıldırım

İstanbul, 2010

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

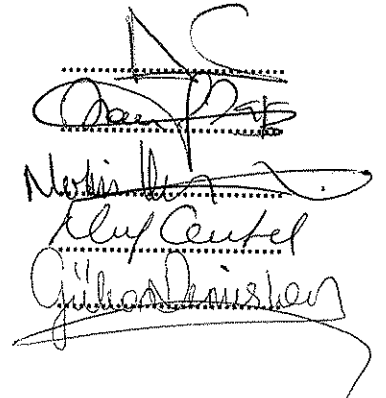
HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı Doktora öğrencisi DERYA KESKİNCİ'nin MEDENİ USUL HUKUKUNDA HATALI KARARLAR adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 07.10.2010 tarih ve 2010-18/47 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 12.11.2010

- 1) Tez Danışmanı : PROF. DR. MEHMET KAMİL YILDIRIM
2) Jüri Üyesi : DOÇ. DR. HAMİDE ZAFER
3) Jüri Üyesi : PROF. DR. NEVHİS DEREN YILDIRIM
4) Jüri Üyesi : PROF.DR.NUR CENTEL
5) Jüri Üyesi : YRD.DOÇ.DR.GÜLCAN DEMİRHAN



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	V
KISALTMALAR CETVELİ.....	IX
GİRİŞ.....	1
§1. Hatalı Hüküm Türleri.....	2
A.Hatalı Hüküm Türleri.....	2
B.Hata Kavramı ve Etkisi.....	4
C.Hatalı Kararlar.....	5
I.Şartları.....	5
II. Hatanın İleri Sürülmesi.....	5
III. Hatanın Önemsiz Hale Gelmesi.....	6
D.Hatalı Kararların İptali.....	6
I.Hatalı Karar.....	6
II.Çeşidine Göre Hatalı Kararın İptali.....	7
III.Çeşidine veya Kökenine Göre Çelişkili Kararların İptali.....	9
IV.Açıkça Kanuna Aykırı Kararlar	9

Birinci Bölüm: YOK HÜKÜM

§2. Yok Hüküm Öğretisi.....	10
A.Tarihi Gelişim.....	10
I. Müsterek Hukuk.....	10
II. Prusya Genel Mahkemeler Düzeni Kanunu.....	11
III. Alman Medeni Usul Kanunu(ZPO).....	13
B.Yok Hüküm Öğretisi.....	14
§3.Karar Vermeye Yetkili Devlet Organı.....	16

A.Mahkeme Kavramı.....	16
I.Makam Olarak Mahkeme.....	16
II. Karar Mercii Olarak Mahkeme.....	16
B.Karar Vermeye Yetkili Devlet Organı.....	17
I.Genel Olarak.....	17
II. Fonksiyonel Anlamda Yetki ve Buna Aykırılık.....	20
III.Yargı Yoluna Riayet Edilmemesi.....	25
§4.Hüküm Vermeye Yetkilendirilmiş Devlet Organı Olarak Hukuk Mahkemesi.....	27
A.Genel Olarak.....	27
B.Aidiyet Kavramı.....	30
§5.Tek Hakim.....	44
A.Genel Olarak.....	44
B.Tek Hakim İle İlgili Alman Hukukundaki Tartışmalar.....	46
§6. Bir Hükümün Aidiyeti Oluşturabilecek Şekilde Bildirilmesi(Esaslı ve Esaslı Olmayan Bildirim Kuralları).....	57
§ 7.Münferit Bildirim Kusurları.....	73
A.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	73
B.Tebliğ-Tebliğ Hatası.....	76
C.Tebliğin Re'sen Gözetilmesi.....	77
D.Tarafların Güveni.....	80
E. Hatalı Bildirilen Hükümün Bertaraf Edilmesi.....	87
§8. Tefhim Edilme Durumunda Aidiyet İçin Gerekli Diğer Koşullar.....	91
A.Celse Tutanağı.....	91
B.Celse Tutanağının Düzeltilmesi.....	96
§9. Yok Hükme Karşı Hukuki Çareler.....	106
A.Yok Hükümün Etkisi.....	106
B. Yok Hükme Karşı Hukuki Çareler.....	108

I.Yargılamanın Devamı İle İlgili Başvuru.....	108
II.Bir Hükümün Varolmadığı Yönünde Tespit Davası Açılabilir mi?.....	113

İKİNCİ BÖLÜM: BERTARAF EDİLEN HÜKÜMLER

§10.Kanun Yolu Yargılamasında Bir Hükümün Bertaraf Edilmesi.....	122
A.İlk Derece Yargılamasının Sona Ermesi.....	122
I.Sona Ermenin Sebepleri.....	122
II.Sonlandırma Etkisi.....	122
1.Yargılamanın Kesin Olarak Sona Ermesi.....	122
2.Dereceler Arasında Yargılama.....	122
B.Bozmanın Derece Sonlandırma Etkisi.....	123
C.Karar İçeriğinin Değiştirilmesi.....	132
D.Dava Konusunun Maddi Hukuk Anlamında Tanımlanması ve Usuli Talep.....	133
§11.Yargılamanın Yenilenmesi İsteminin İncelenmesinde Bir Hükümün Bertaraf Edilmesi.....	150
§12. Kanun Yolu ve Yargılamanın Yenilenmesi Dışında Bir Hükümün Bertaraf Edilmesi.....	152
A.Bir Başka Hükümün Çıkarılması Sonucunda Bir Hükümün Bertaraf Edilmesi.....	152
B.Taraf Açıklaması Sonucunda Bir Hükümün Bertaraf Edilmesi.....	155

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: ETKİSİZ VE ETKİSİ AZALTILMIŞ HÜKÜMLER

§ 13 Etkisiz Hüküm Kavramı ve Bir Etkisiz Hüküm İmkânı, Olasılığı.....	159
A.Kavram ve Sonuçları.....	159
B.Bir Etkisiz Hüküm İmkânı, Olasılığı.....	160

§ 14. Etkisiz Hükümün Görüldüğü Hallerin Gruplandırılması.....	171
A.Yargılama Dışında Verilen Hükümler.....	171
B.Yargı Yetkisinin Bulunmaması.....	180
C.Yargı Yolunun Yanlış Olması.....	184
D.Tarafın Bulunmaması.....	195
E.Mevcut Olmayan Bir Hukuki İlişkinin Karara Bağlanması.....	197
F. Hükümün İmkansız Bir Edim Hakkında Verilmesi.....	199
G. Bir Hükümün Etkisizliğinin Saptanması.....	208
§ 15.Etkisi Azaltılmış Hüküm.....	212
SONUÇ.....	218
BİBLİOGRAFYA.....	221

KISALTMALAR CETVELİ

BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
Bkz.	: Bakınız
Dn.	: Dipnot
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JuS	: Juristische Schulung
JZ	: Juristenzeitung
Karş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
N.	: Nummer
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
Rdnr.	: Randnummer
RG	: Reichsgericht
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts(in Zivilsachen)
s.	: sayfa
vd.	: ve devamı
YD	: Yargıtay Dergisi
ZPO	: Zivilprozessordnung
ZZP	: Zeitschrift Für Zivilprozess

GİRİŞ

Alman medeni yargılama hukukunun son yıllardaki gelişimi modern çarpıcı kelimelerle tanımlanmak istenirse, kökten değişim çağından(Zeitalter des Umbruchs) veya usul hukukunun özel hukuk düşüncesinin esaretinden,zincirlerinden kurtulmasından söz edilebilir.Usul hukukunda daha önce hakim olan özel hukuk anlayışı kısım kısım yer altına gömülerek kaybolmaktadır.1958'lerin karakteristik özelliği de eski ile yeninin yan yana durduğu geçiş dönemini olmasıdır.O tarihlerde tamamen heterojen bir muhakeme anlayışı görüntüsü sunulmuştur.Bu görüntüde özel hukuk ile yargılama hukuku düşüncesi birbirinden ayrılmadan, birlikte ortaya çıkmaktadır.1958 yılında bu konuda monografik çalışma yapan Jauernig'e göre, bu tez oluşumunu, bütün usul hukuklarının özel hukuk düşüncesinden ayrılmasına ve tek bir organizma olarak algılaması düşüncesine borçludur;ve medeni yargılama ile icra hukuku prosedürü birbirinden hiç kopmamıştır, ayrılmamıştır¹.

Günümüzde kabul edilen görüşe göre²,medeni usul hukuku, medeni hukukun bir uzantısı değil, müstakil, medeni hukukla doğrudan fonksiyonel bağlantısı olmayan bir hukuk alanıdır.Bu sebeple iki hukuk alanının amaçları ve düşünce tarzları farklıdır.

Hatalı hüküm öğretisine uygun muhakeme usulü geliştirme zorunluluğu ortaya çıktığı için mevcut çalışma yapılmıştır. Bu bağlamda eda hükümleri ile sınırlı olmayan genel hüküm öğretisi problemine temas eden bir konusu vardır.Bununla birlikte, söz konusu tez daha çok hatalı hukuk mahkemesi hükümleri ile ilgilenecektir.Hukuk mahkemesi hükümleri dışında kalan hükümler, sadece aynı problemlerin söz konusu olması durumunda incelememize dahil edilecektir³

¹ Jauernig, s.1

² Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.8

³ Jauernig, s.1

§ 1. HATALI HÜKÜM TÜRLERİ

A. Hatalı Hüküm Türleri

Doktrinde ve içtihatlarda yaygın olan hatalı hüküm gruplanmasına dayanarak şu şekilde bir ayırım yapılabilir: Yok hükümler, tamamen veya kısmen etkisiz hükümler, hatalı fakat geçerli hükümler.¹ Bu sınıflandırma, hükmün unsurları ve hükmün hukuki sonuçları arasındaki ayrıma dayanmaktadır.²

Bir hükmün mevcudiyet şartlarını oluşturan unsurların dış dünyaya ulaşması durumunda, usul kanunlarında belirtildiği şekilde bir hüküm mevcut demektir. Hukuk düzeni, bir hükmün varolması halinde buna, maddi anlamda kesin hüküm, inşai tesir, icra edilebilirlik gibi çeşitli hukuki sonuçlar bağlamaktadır. **Hükmün etkilerinin varlığı, mevcudiyeti; esasen hükmün unsurlarının (Urteilstatbestandes) ortaya çıkabilmesi için şarttır.**³ Hükümdeki eksiklik ya hükmün unsurlarını ya da hükmün tesirlerini etkileyebilir. Bir hükümde hükmün unsurlarında bir eksiklik olması şeklinde hata varsa, bu hüküm yok hüküm(Das Nichturteil) olarak nitelendirilmektedir⁴. Schilken⁵da,yok hükmü,kararın dış unsurlarında bir eksiklik bulunması hali olarak tanımlamaktadır.Hükmün ZPO §310 ve 311'e rağmen tefhim edilmemiş olması bir yok hüküm nedenidir⁶.Bir hükümde, hükmün unsurları mevcut olmakla birlikte yapılan hata, hükmün her bir etkisinin ortaya çıkmasını engelliyorsa, bu durumda etkisiz hüküm(Das Wirkungslose Urteil) sözkonusudur. Hüküm, kusurlu olması nedeniyle bir veya birkaç etkisinden (fakat bütün etkilerinden değil) mahrum oluyorsa, böylece onun etkisi azaltılmış olmaktadır. (Das Wirkungsgeminderte Urteil) ⁷

Kusur, hem hükmün unsurlarına hem de etkilerine ilişkin değilse, hüküm hatalı fakat geçerlidir. Bu durumda, kararın hatalı olması nedeniyle, kanun yoluna

¹Jauernig,s.3; Wach, RheinZ 3,373 vd. ; v. Baligand, s.182vd.; Kohler, Prozeß, s.53 vd.; Sauer, Grundlagen,s.473 ; Sauer, Prozeßrechtslehre ,s.221 vd., Nikisch,§ 102,I, III, IV ; Hein, Partei, s.296 vd. BGHZ 4,389(394); 5, 240, (246); 10, 327(329); 346, (347,349) ; 350 (353) ; 14, 39 (44, 46,49) ; 15,142 (144) ; 17,118 (122); 20,255 (258); 22, 54 (63).

² Jauernig, s.4

³ Jauernig, s.4; Karş: Böttcher, s.7

⁴ Jauernig,s.4

⁵ § 5 Rdnr.108;Aynı yönde:Rosenberg/Schwab/Gottwald,§62 IV 1

⁶ Schilken,§ 5,Rdnr.108;BGH,NJW 1995,404

⁷ Jauernig, s.4

başvurulabilir ve yüksek mahkeme hükmü bozabilir. Sorun olan husus, bozulan hükmün etkileri ve mevcudiyeti ile bertaraf edilip edilemeyeceğidir. Bu problem, sadece hükmün bir üst mahkemede (veya yargılamanın yenilenmesi yolu ile) bozulması durumunda karşımıza çıkmamaktadır. **Bilakis, hükmün sonradan meydana gelen bir olay yüzünden gücünü kaybetmesi durumunda veya hükmün usulüne uygun olarak kaleme alınmasının istenmesi halinde de karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu problem, yok hüküm ve etkisiz hükümlerde görülen probleme benzemektedir. Ancak, yok hükümlerde hüküm, etkisiz hükümlerde hüküm etkileri oluşum aşamasında engellenmektedir; burada ise hükmün sonradan bertaraf edilmesi söz konusudur.**⁸

Jauernig'e ⁹ göre, batıl hüküm(Nichtiges Urteil) tanımlamasını, hem etkisiz hem de etkisi azaltılmış hükümler için kullanmaktan kaçınılmalıdır. Zira batıl tabiri yeknesak bir anlamdan yoksundur. Gerçi batıl tabirine bir anlam verilebilir. Bu anlamda arzu edilen hukuki sonuçları doğurmayan, her türlü hukuki sonuçtan kesin olarak yoksun olan işlemlere batıl işlemler denilebilir. Bu şekilde anlaşılabilecek bir batıl kavramı usul kanunu tarafından tanınmamıştır. Yani batıl kelimesi medeni hukuk dışında ZPO'da tanınan bir kavram değildir. Alman Usul Kanunu(ZPO), devlete ait işlemler, bu arada mahkeme kararları açısından, batıl olma gibi bir durumu tanımaz. Devlete ait işlemlerin bünyesindeki çeşitli eksikliklerin zorunlu olarak belirli sonuçları doğuracağı peşin olarak söylenmemelidir. Sistematiik olarak bir takım geçersizlik yaptırımları medeni hukuktan ödünç alınmamalıdır. Bunun yerine amaca uygun bir değerlendirme yapılarak, mahkeme kararlarındaki aksaklıkların yol açacağı sonuçlar, her somut problemin özelliğine göre, mahkeme kararlarının devlet işlemi olduğu göz önüne alınarak belirlenmelidir.

⁸ Jauernig, s.5

⁹ Jauernig, s.4

B.Hata Kavramı ve Etkisi

Jauernig¹⁰ usul hükümlerinin ihlali ile ortaya çıkan hükümleri ve/veya içerik olarak doğru olmayan hükümleri hatalı (fehlerhaft) olarak nitelendirmektedir. Yazarın terminolojisi çerçevesinde içerik olarak doğru olmama (Unrichtigkeit), hatalı (fehlerhaftigkeit) olma kavramının kapsamına dahildir. Hatalı idari işlemler konusundaki öğreti¹¹ de, içerik olarak var olan eksiklikleri, hatalı kavramı içinde görmektedir.

Rosenberg¹², hatalı olma ile yanlış olmayı ayırmıştır. İlki kararın ortaya çıkışı ile ilgilidir, ikincisi ise kararın içeriği ile ilgilidir. Bu ayrım pratik olarak usuli hata, usule aykırılık (error in processo)¹³ ve kanuna aykırılık, hükümde hata (error in judicando)¹⁴ ayrımı üzerinde temellenmektedir.Bu ayrıma çok da itiraz edilemez.Ancak Jauernig’e¹⁵ göre, Rosenberg’in doğru olmama (unrichtigkeit) kavramının kanun yolu sisteminin temeli yapması yanlıştır.Bu yaklaşım Jauernig’e göre caiz değildir.Hatalı kararlar,içerik olarak doğru olup olmadığına bakılmaksızın, bu aksaklık dolayısıyla iptal edilebilir, ortadan kaldırılabilir.

Rosenberg/ Schwab/ Gottwald’in¹⁶ eserinde de Rosenberg’in yapmış olduğu ayrım benimsenmiştir. Bir mahkeme organının işlemi, eğer usul hukuku kurallarını ihlal ederek ortaya çıkarsa hatalıdır. En önemli mahkeme işlemi olan kararları,hatalı kararlar ve doğru olmayan kararlar olarak ayrılabilir.Kararın içinde tespit edilen veya emredilen hukuki sonuç yargılama esnasında dermeyan edilen vakıalara uymuyorsa karar doğru değildir(unrichtig).Kararın doğru olmaması (Unrichtigkeit) kararın içeriği ile ilgilidir. Kararın hatalı olması (Fehlerhaftigkeit) ise, kararın ortaya çıkması ile ilgilidir. Bir karar hatasız şekilde doğmuş ve esas bakımından doğru olmayabilir, yanlış olabilir; bir karar şekli bakımından hatalı olabilir ama buna rağmen esas bakımından doğru olabilir.

¹⁰ Jauernig, s.1

¹¹ Fortsthoff, s.212 vd.

¹² Jauernig, s.2, dn. 1’de anılan (Rosenberg, § 73 I 1)

¹³ Bkz: Yıldırım, İstinaf, s.112, s.51

¹⁴ Bkz: Yıldırım, İstinaf, s.112, s.51

¹⁵ S.2,dn.1

¹⁶ Zivilprozessrecht, §62, N.1

Bir yargılama kuralına aykırı davranmanın etkisi, mahkemenin kararları ile diğer işlemleri arasında farklıdır. Mahkemenin kararlar dışındaki işlemleri, eğer eksiklik veya ihlal ortadan kaldırılamıyor veya kendiliğinden önemsiz hale gelmiyorsa, hatasız şekilde tekrar edilmelidirler. Buna karşın hatalı kararlar kural olarak etkisiz değildir; bilakis kural olarak iptal edilebilirler, yani bu kararlara karşı konulabilir¹⁷.

B. Hatalı Kararlar

I. Şartları

Bir kararın hatalı olması iki şekilde olabilir: Kararın doğumu esnasında bir usuli hata yapılması ya da karara temel olan taraf veya hakimın muamelelerinin usul hukukuna uygun olmaması, yani bu muamelelerde bir usul hatasının yapılmış olması¹⁸.

II. Hatanın İleri Sürülmesi

Alman hukukunda, hatanın ileri sürülmesi için değişik kanun yolları (istinaf, temyiz, şikayet), diğer hukuki çareler (örneğin ihtiyati tedbire itiraz vs.) ve çok ağır hatalarda kesin hüküm etkisi ortaya çıkmış olsa bile ZPO § 579' da öngörülen butlan, yokluk davası (Nichtigkeitsklage) ve acele şikayet (sofortige Beschwerde) imkanları vardır.

Eğer kararlar, anayasal kurallara uygun şekilde teşekkül etmiş bir mahkeme veya mahkeme başkanı tarafından yetkileri dahilinde verilmişse, usul kurallarının ihlalinin dolayısı etkisiz sayılmazlar. Belli şartlar altında bunlara karşı gelinebilir veya ortadan kaldırılabilirler. Ancak bu imkan kullanılıncaya dek tamamen etkilidirler ve dolayısıyla icra edilebilirler. ZPO § 579'daki iptal davasının sebeplerinin tahdidi olarak sayılması bize göstermektedir ki, en ağır ihlaller bile etkisizliğe yol açmaz. Sadece belirli bir prosedür yoluyla, belirli şartlar altında ve belirli süre içinde kararın ortadan kaldırılmasına yol açar, kararı ortadan kaldırma imkanını verir. Örneğin, bir tarafın süre

¹⁷ Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 62, I, 2

¹⁸ Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 62, II 1

uzatımına ilişkin dilekçesinde temsil eden kişinin imzası eksik ise,fakat süre uzatımı verilmiş ise,bu karar geçerlidir, yok değildir¹⁹.

III. Hatanın Önemsiz Hale Gelmesi

Mahkemenin bir işlemindeki hatalar şu şekilde aşılma ve etkisiz hale gelmektedir:1. Kararın kesinleşmesi 2.İptal davası için sebep olmasına rağmen, bunun için öngörülen sürenin geçmesi. Örneğin: sözlü duruşma yapılmadan bir karar verilmesi. Kanunun amacı, kararları bir usul ihlali nedeniyle sorgulamaktan imtina etmektir. Dolayısıyla bu nedenle bir yığın usul hukuku ihlali kendiliğinden, yargılama yürürken belirli şartlar altında iyileştirilmekte ve önemsiz olmaktadır. Dolayısıyla ihlal, bir kanun yoluna başvuru için sebep olmamaktadır. Örnekler:

a.) Hatalı işlemin tekrarı veya etkili bir şekilde düzeltilmesi, kural olarak ileriye doğru (ex nunc) etkilidir.

b.) Esaslı bir usul hatası olmayan birinci derecede yargılamadaki tüm ihlaller veya bir temyiz sebebinin süresinde ileri sürülmemesi

c.) Kendisine önem vermenin anlam ifade etmediği tüm ihlaller, itirazdan feragat etmek, itiraz hakkının düşmesi veya ihlal edilen usul normunun amacının buna rağmen gerçekleşmiş olması.

d.) Kararlar dışındaki mahkeme işlemlerindeki(örneğin re'sen bir şeyin tebliğ edilmesi)eksiklik, taraf işlemlerindeki eksiklik ile aynı esaslara tabiidir.

e.) Mahkemenin yetkisiz olması hali, sonradan yetkili hale gelmesi ile ortadan kalkmaktadır. Örneğin; sonradan yetki anlaşması yapılması veya davalının esasa girmesi ile bu durum ortadan kalkmakta ve önemsiz olmaktadır²⁰.

C. Hatalı Kararların İptali

I.Hatalı Karar

¹⁹ Rosenberg/ Schwab/ Gottwald,§ 62 II 2

²⁰ Rosenberg/Schwab/ Gottwald, § 62 II 3

İptal edilebilirlik ve iptalin türü, kararın türüne göre değişir. Karar bazen tek başına, bazen sadece hükümle birlikte iptal edilebilir. Bazen de kesinlikle iptal edilebilir değildir. Bazen istinaf veya temyiz, bazen itiraz (Einspruch), bazen acele şikayet (sofortige Beschwerde) veya ihtar (Erinnerung) ya da itiraz (Widerspruch) yoluna gidilebilir. Buradan karardan mağdur olan taraf için büyük tehlikeli bir belirsizlik ortaya çıkmaktadır. Kararı hangi mahkemenin verdiği, kararın çeşidinin şüpheli olduğu ya da mahkemenin çeşidine göre yanlış bir karar verdiği durumlarda bu belirsizlik ortaya çıkmaktadır. Belirli bir karar çeşidi için şartlar mahkeme tarafından yanlış karara bağlanmışsa ve bundan dolayı karar verilemezse, yukarıdaki anlamda hatalı karardan söz edilemez. Örneğin, mahkeme gerçekte gıyap söz konusu olmadığı halde gıyap kararı vermişse, bu karar ancak itiraz yolu ile bertaraf edilebilir²¹.

II. Çeşidine Göre Hatalı Kararın İptali

Mahkeme bir karar vermiş ve aslında bu karar, türüne göre vermeyeceği bir karar ise; subjektif teoriye göre²², bu karar mahkemenin vereceği karara göre düzeltilir. Bu halde kararın lafzına yani mahkemenin isimlendirilmesine bakılmaz, önemli olan mahkemenin iradesi ve gerekçesidir. Objektif teoriye²³ göre, objektif duruma göre hangi karar çeşidinin verilmesi gerekiyorsa o karar verilmeliydi.

Her iki görüşte şüphelidir; yani bu görüşlerin ikisine de şüpheyile yaklaşmıştır. Temel prensip şu olmalıdır: Taraflar mahkemenin doğru olmayan kararından zarar görmemelidirler. Bu yüzden taraflar yanlış karara karşı kanun yoluna başvuramayacak olmalı ki; böylece doğru karara ulaşılabilsin. Subjektif teoriye göre, bu açıdan elverişli olmayan sonuçlar çıkar. Diğer bir deyişle tarafların doğru kanun yolu konusunda mahkemenin kararının türünden fazlasını bilmeleri beklenemez. Bu sebeple yanlış karara

²¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 133 II 1

²² Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 133 II 2, dn. 11'de anılan (OLG Düsseldorf, MDR 1985, 1034)

²³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 133 II 2, dn. 12'de anılan (RGZ 119, 381; 159, 360)

karşı da kanun yolu caiz olmak zorundadır.²⁴Buna mümkün olduğunca, en fazla yararlandırma ilkesi(Grundsatz der Meistbegünstigung)²⁵ denir. Bu ilke iptali istenen kararda hata ya da belirsizlik varsa ve bu hata ya da belirsizlik hukuki güvensizlik ortaya çıkarıyorsa geçerli olacaktır.²⁶Bu ilke ilk gıyap kararının ikinci gıyap kararı olarak verilmesi ya da tersi halinde de geçerli olacaktır²⁷.Bu prensip yalnızca kanun yolunun açılmasına hizmet eder. Etkili olarak ileri sürülen kanun yolu, doğru karar için geçerli olan kanun yoluna dönüşür²⁸.

Mümkün olduğunca, en fazla yararlandırma ilkesi, hatalı karar iptal edilebilir olduğu halde doğru karara karşı kanun yolu mümkün olmayacaksa geçerli değildir.İptal edilemeyecek bir kararın(Beschluss) konusu olan karar nihai hükme alınmışsa iptal edilemez;meğer ki hatalı karar önemli zedeleyici hukuki etkileri içersin. Bir başka hal de aslında verilemeyecek kararın verilmiş olmasıdır. Mesela mahkeme pasif taraf ehliyeti yokluğu iddiasını ara hükümle(Zwischenurteil) reddetmiş ise, böyle içeriği olan doğru bir karar söz konusu olamaz. Bu hüküm kanun yolları ile bertaraf edilebilir²⁹.

Bu noktada Alman hukukundaki Beschluss ve Zwischenurteil hakkında bilgi vermek istiyoruz.Beschluss,sözlü yargılama olmaksızın veya ihtiyari sözlü yargılamada verilen kararlardır.Ancak zorunlu sözlü yargılamada da belirli özel durumlarda bu tür kararlar verilir,o zaman bunlar tefhim edilmelidir.İptal edilebilir olduklarında şikayet yoluyla iptal edilebilirler³⁰.Alman hukukunda ara hükümler (Zwischenurteil)ikiye ayrılmaktadır.Bir kısmı,pratikte daima eda davalarında,bir paranın ödenmesine yönelik davada,esas hakkında konu olgunlaştığında,artık miktar konusu da irdelenmeden ön karar şeklinde münhasıran esas hakkında nihai karar verilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.Bunun dışında bir de bizim anladığımız anlamda ara kararları vardır.Bunlar usuli ön sorunlar hakkında verilen kararlar olup,dereceyi sona erdirmezler.Bunun bir örneği,davanın kabule şayanlığı hakkındaki ara kararlardır³¹.

²⁴ Rosenber/Schwab/Gottwald, § 133 II 2

²⁵ BGHZ 98,362, 364= NJW 1987,442;BGHZ 46,113=NJW 1967,109

²⁶ Rosenber/Schwab/Gottwald,§ 133 II 2,dn.14'de anılan (BGHZ 152,213=MDR 2003,285;MDR 2003,513)

²⁷ Rosenber/Schwab/Gottwald,§ 133 II 2; Boemke, s.371,388 vd.

²⁸ Rosenber/Schwab/Gottwald;§ 133II 2'de anılan(Schenkel,MDR 2003,136,137)

²⁹ Rosenber/Schwab/Gottwald,§133 II 2

³⁰ Schilken,§5 Rdnr.109,110

³¹ Schilken,§ 12 Rdnr.561 vd.

Basit hatalı kararlar etkilidir; ama kanun yolu ile iptal edilebilir. Mahkeme yanlış karar şeklini seçmişse, hüküm yerine karar vermişse, bu halde karar etkilidir ve kesin hüküm teşkil edebilir. Ancak mümkün olduğunca , en fazla yararlandırma ilkesi geçerlidir; karara karşı kanun yoluna gidilebilir³².

III.Çeşidine veya Kökenine Göre Çelişkili Kararların İptali

Kararı çeşidi veya hangi mahkeme tarafından verildiği şüpheli ise, şüpheli olan karar çeşitlerinden birine göre geçerli olan her kanun yoluna gidilebilir(Mümkün olduğunca,en fazla yararlandırma ilkesi) Bu gibi hallerde kanun yolu mahkemesi genelde kararı kaldırıp, doğru kararı vermek üzere dosyayı alt mahkemeye gönderir³³.

IV.Açıkça Kanuna Aykırı Kararlar

İçerik olarak hatalı kararlar da, açıkça kanuna aykırılık halinde etkilidir ve genel olarak caiz olan kanun yolları ile iptal edilmelidir. Kanun yolu caiz değilse ama karar hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilerek veya başka bir usul ilkesi zedelenerek verilmişse ilgili taraf § 321'e kıyasen bir düzeltme, bir itiraz yoluna (Abhilfeverfahren) başvurabilir³⁴

³² Prütting/Gehrlein/Thole,vor §300 Rdnr.13

³³ Rosenberg/Schwab/Gottwald,§ 133 II 3

³⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald,§ 133 II 5

BİRİNCİ BÖLÜM: YOK HÜKÜM

§ 2. Yok Hüküm Öğretisine Dair

A. Tarihi Gelişim

I.Müşterek Hukuk

Müşterek hukuk, hükmün yanında hem yok hükmü hem de etkisiz hükmü tanıyordu. Her ikisi de birbirinden ayrılmadan geçersiz karar(sententiae nullae) olarak değerlendirilmekteydi. İmparatorluk Mahkemesinin son kararı, düzeltilebilecek ve düzeltilemeyecek etkisizlik farkını, yargılamanın kesin ilkelerinin çok önemli olması,onsuz bir yargılamanın düşünülememesi kıstasından yola çıkarak belirlemiştir. Bu sonuca doğal hukuktan (jus naturale) ulaşılır. Bunun dışındaki(yargılama ilkeleri dışındaki) düzenlemeler pozitif hükümlere dayanır ve öncelikle ikinci derece amaçlara hizmet eden formlar halinde ortaya çıkar. Bu sadece medeni hukuktan çıkar.İlk çeşidin yokluğu,sadece düzeltme için başvurulmuş(görevlendirilmiş) otoritelerce düzeltilemez, hüküm hiçbir zaman varlık kazanamaz. Buna karşılık ikincisinin düzeltilebilmesi mümkündür.Genel olarak,bütün geçersizlikler düzeltilemez olmalıdır ki,bunlar hakim ya da tarafların kişiliğinden kaynaklanır¹. Bunlar dışındaki bütün geçersizlik halleri düzeltilebilir ve istinaf (Appellation) yoluna başvurulabilir.

Hakimin kişiliğinden kaynaklanan düzeltilemez geçersizlik halleri,hakimin önemli gereklilikleri idrak ve hüküm kabiliyetidir.Bu sebeple akıl hastaları,sağırılar, dilsizler,körler hakim olamazdı.Hakimin hüküm vermede iradesi korku ya da zorlama ile ortadan kaldırılırsa da hakimin ehliyetsizliği söz konusu olmaktadır².

Bir taraf yüzünden geçersizlik,tarafı temsil eden vekilin temsil yetkisindeki eksiklik gibi durumlarda ortaya çıkabilmekteydi.Ayrıca fiil ehliyeti olmayanlar,reşit

¹ Wurzer,s.3

² Wurzer,s.4

olmayanlar, malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisi kaldırılmış olanlar da bir davayı sürdüremezlerdi.Fiil ehliyeti olmayan kişinin davaya katılımı,hükmü daima geçersiz kılardı.Tasarruf ehliyeti olmayan kişinin davaya katılımı ise en azından kendisi aleyhindeki hükmü geçersiz kılardı³.

Ölü kişiye karşı verilmiş hüküm,eğer ki bütün yargılama ölü kişiye karşı yürütülmüşse etkisiz, geçersiz sayılırdı.Ancak ölü kişi lehine verilmiş hükümden mirasçıları faydalanabilirdi⁴.

Düzeltilmeyecek etkisizlik, geçersizlikler grubunun üçüncüsü, dava sürecine ait genel hataları,esaslı eksiklikleri kapsamaktaydı.Yargılama ilkelerinin veya iki tarafın dinlenmesi esasının ihlal edilmesi halinde verilen hükümler kesinlikle geçersizdir.Bu bakış açısından, tarafın talebi olmadan verilen hüküm düzeltilemez şekilde geçersizdir,hükümsüzdür. Eğer yargılamanın tarafı olmayan bir kişiye karşı hüküm verilmişse bu da düzeltilemez⁵.

Davalıyı ne mahkum eden ne de beraat ettiren kararlar da böyledir. Tespit edilmeyen,belirli olmayan hükümlerde, bir hüküm olmadığı için düzeltilmesinden de söz edilemezdi⁶.

Roma hukukunda sententiae nullae I.1p. 49,8' de düzenlenmiştir .Bu hükümde kararın verilmediğinden bahsedilir.Böyle bir hükmün etki etmesi söz konusu değildir;çünkü olmayan bir şey etki edemez.Ancak eğer karar en az bir kişiyi hedef alıyorsa görünüşte karardan söz edilir⁷.Eğer bir karar etkisiz (nichtig)ise, bir iptale veya butlan itirazına ihtiyaç kalmaksızın, etkilerini zaten göstermez⁸.

Geçersizliğin dava yoluyla ileri sürülebilmesi için 30 yıllık zamanaşımı süresi vardı. İstinaf süresi ve diğer kanun yoluna başvuruyla ilgili herhangi bir zamansal kısıtlama yoktu⁹.

II. Prusya Genel Mahkemeler Düzeni Hukuku

³ Wurzer, s.4

⁴ Wurzer, s.4

⁵ Wurzer,s.5

⁶Wurzer, s.5

⁷ Wurzer,s.6

⁸ Kaser, s.289

⁹ Wurzer,s.7

Prusya usul hukuku ile müşterek hukukun yokluk sistemi bilinçli bir şekilde kırıldı. Genel Mahkemeler Kanununun¹⁵. Babına göre Prusya hukuku istinaf(Appellation) ve temyiz (Revision) yanında butlan itirazını da(Nichtigkeitsbeschwerde) kanun yolu olarak tanımıştı. Buna göre,birinci veya ikinci derecedeki kararlara karşı olağan kanun yoluna başvuru imkanı olmadığı zaman,sadece bir temel ilke ya da önemli bir usul kuralı ihlal edildiyse bu yola başvurulabiliyordu.Bu şekildeki usul ihlalleri olarak kabul edilenler sadece 1833 tarihli düzenleme ve 1839 tarihli deklerasyonda ele alınanlardı.Bunlar;doğal hakim hakkının ihlali,akte ayrılık,hakimin yasaklılık halleri,yetkisiz hakimın itiraza rağmen karar vermesidir¹⁰.

Müşterek hukuka göre açık kanun hükmüne aykırı veya usuli eksikliği barındıran bir hüküm yok hüküm veya mutlak batıl olduğu halde; aynı hüküm Prusya hukukuna göre sadece iptal edilebilir bir hükümdür ve her şart altında neticede kesin hüküm olabilir.

Müşterek hukukun yokluk hali, Prusya'nın yokluk davasında(Nullitätsklage)-ki bu bir olağan üstü kanun yolu idi- kendisini gösterdi. Eğer birinci derece yargılamasında verilen hükme karşı caiz olan hukuki çareye(kanun yolu ya da itiraz)süresi içinde başvurulmazsa ya da temyiz derecesinde bu yapılmazsa,böyle bir hüküm doğuştan kesin hüküm gücünde olurdu.

Fakat kanuna göre bazı istisnalara yer verilmek gerekmekteydi. Herşeye rağmen bazı haller vardır ki,bu hallerde hüküm doğuştan yoktur,hiçbir zaman kesin hüküm gücü kazanamazlar.Bu haller şunlardır

1.Eğer bir taraf sadece yalnız bir evrak ya da rüşvet verilen tanıkların ifadeleri doğrultusunda mahkum edildiyse veya davanın rededilmesi sözkonusu olmuşsa,

2.Eğer hakim şekle uygun olmayan bir şekilde atanmış ve bir olayda hakimlik yapmışsa,

3.Davalı veya davacı tarafta taraf ehliyeti olmayan bir kişi yer almışsa ve veli veya vasisinden icazet alamamışsa,

¹⁰ Wurzer,s.10

4.Bir taraf vekil olmayan kişi tarafından davada temsil edildiyse¹¹.

Bu haller için Prusya’da yokluk davası öngörölmüştür. Bununla hatalı hükmün yok edilmesi ve yeni bir karar verilmesi sağlanmışır. Ancak iptal edilen hüküm yok hüküm olarak kabul edilmiyordu. Henüz kesin hüküm niteliğine gelmemiş karar yokluk dolayısıyla iptal edilmek isteniyorsa, bunun için zarar görenin olağan kanun yollarına başvurması gerekiyordu.Bugünkü yokluk davasında olduğı gibi şekli anlamda kesin hükmün oluşması,yokluk davası yoluyla hükmün iptali için şarttır¹².

Bu da göstermektedir ki, ağır hata içeren kararlar olağan geçerli hükümler olarak görölmüştü. Bunların def’i yoluyla iptali de mümkün görölmemişti,dava süresi geçtikten sonra tamamen iptal edilemez oluyorlardı.Burada bir çelişki ortaya çıkmıştı.Prusya hukuku müşterek hukukun yokluk sistemini(Nullitätensystem) tamamen rededmek istemişti.

Yok hüküm kavramı çok dar kapsamda ele alınmıştı. Hakim olmayan bir kişi tarafından verilen hüküm düşmek zorundaydı. Prusya hukukunda yokluk davasının yanında ikinci bir olağanüstü kanun yolu vardı.Bu da eski hale iade (Restitutio in integrum) idi.Eğer reşit olmayan kişinin yasal vekili tarafından sürdürölen dava kısaltılmışsa ya da bir taraf hükümden sonra kendisinin kusuru olmaksızın saklanmış yeni belgeler bulmuşsa bu yola gidilebilirdi¹³.

Prusya hukukuna yönelik incelememizi şu tespitle bitiriyoruz:Müşterek hukukun yok ve etkisiz (iyileştirilemez etkisiz hükümler) hükümleri tanınmamış ve tanınmak istenmemiştir¹⁴.

I. Alman Medeni Usul Kanunu(ZPO)

Temyiz ve yargılamanın yenilenmesi davası tasarıda yer almıştır. Müşterek hukuka karşı olan hukuki gelişme bir sonuca bağlanmışır: Hüküm hatalarında düzeltilebilir ve düzeltilemez hükümsüzlük ayrımı kalkmışır.Sadece hüküm vardır.Böylece kanun kararı şöyle tanımlamışır: Kanun yoluna başvurmaya elverişli ve sürelerin geçmesi ya da kanun yolunun başarısız olması sonucunda usuli kesin hüküm

¹¹ Wurzer, s.11

¹² Wurzer, s.11

¹³ Wurzer, s.12

¹⁴ Wurzer, s.13

ve bununla birlikte maddi anlamda kesin hüküm gücüne kavuşurlar, kanunun hükme bağladığı diğer tüm etkileri gösterirler. Düzeltilmeyen ya da mutlak batıl hüküm artık yoktur, kabul edilemez. Bu cümleler şunu göstermek içindir: Kanunun düzenlediği hüküm her zaman tek ve belli özellikleri taşıyan nihai kararlardır. Mantıksal olarak bu kavramlardan kararın, herhangi bir özelliği eksik olursa hüküm olamayacağı, aksine yok hüküm olmak zorunda olacağı sonucu çıkmaktadır¹⁵.

Eski ve yeni hukukun karşılaştırılması şunu ortaya koymaktadır: ZPO, müşterek hukuktaki düzeltilemez hükümsüzlüğü tanımamıştır. Fakat bu tanım altında belirtilen vakıaları görmezden gelmemiştir. Uzun sürelere dayanan tarihi gelişim kanun koyucunun bu düzenlemeye yönelmesine sebep olmuştur. Bu kanun bunu bilerek atlamıştır.¹⁶ Müşterek hukuka göre düzeltilemez batıl hüküm olan bazı kusurlar, bugün kanuna açık aykırılık olarak adlandırılır ve olağan kanun yoluna tabiidir. Bununla birlikte bu kusurların hasar verici anlamını yitirdiği ve zaman itibarıyla kısıtlı iptal sebebine indirildiği görülmektedir¹⁷.

B.Yok Hüküm Öğretisi

Hükümün unsuru (der Urteilstatbestand) o derece kusurlu/hatalı oluşturulmuştur ki, hukuki anlamda hüküm mevcut değildir. Bu durumda biz, bir yok hükümden söz edebiliriz. Bir hükme esas teşkil edecek olayın veya bir hükmün oluşmasına ne gibi yetersizliklerin neden olduğuna yok hüküm öğretisi cevap verecektir. Olumlu bir cümle ile ifade edilirse; yok hüküm öğretisi, bir hükmün oluşabilmesi için **ortaya konulması gereken, zorunlu şartları** belirler. Eğer bu zorunlu şartlarda bir eksiklik söz konusuysa o zaman bir hükmün var olması mümkün değildir.

Demek ki „yok hüküm öğretisi“ aynı zamanda bir hükmün oluşabilmesi için gerekli olan temel şartların da öğretisidir. Bir hükmün oluşup oluşmadığı sorusu en azından itibarıyla görünüşü hüküm sayılması izlenimini uyandıran bir işlemin varlığı halinde sorulabilir. **Sadece bu meşhur görünüşte hükümler (Scheinurteil) uygulama bakımından önemli ve sorunludur.**¹⁸ Bir hükmün, varlığı yönünde yaydığı görünüm, izlenim(**aldatıcı görünüş**), gerçekte ortada bir hükmün olup olmadığıyla ilgili

¹⁵ Wurzer, s.18

¹⁶ Wurzer, s.18

¹⁷ Wurzer, s.18

¹⁸ Jauernig, s.6; Wach, RheinZ. 3,373vd.; Nikisch, § 102 IV I; Lent, Lehrbuch, s.157

tartışma ve belirsizliklerin sebebidir. Bundan sonraki açıklamalarda söz edilen „yok hüküm“den kast edilen bu anlamdaki bir „görünüşte hüküm“ olacaktır.

Bir hükmün hangi şartlarda oluşacağını, bundan sonraki açıklamalar ayrıntılı olarak gösterecektir.

Bu süreç içerisinde şu iki sorunun cevabı aranacaktır:

1. Sadece mahkemeler mi hüküm verebilir?

2. Bir hüküm hangi koşullarda bir mahkemeden çıkar, karar verilirken özellikle şekli hükümlerin ne gibi bir önemi vardır¹⁹

¹⁹ Jauernig, s.6

§3 Karar Vermeye Yetkili Devlet Organı

A. Mahkeme Kavramı

Mahkemeler, yargı faaliyetini icra eden devlet organlarıdır. Hakimleri, maddi ve kişisel olarak bağımsız olmak,sadece kanunla bağlı olmak zorundadırlar.Ayrıca ihtilaf konusu ile ilgileri olmamalıdır.

Mahkeme kavramı iki anlamda kullanılmaktadır: Mahkeme makamı(Gerichtsbehörde) olarak idari, organizasyon anlamında ve usuli anlamda karar mercii (Spruchkörper) olarak¹.

I. Makam Olarak Mahkeme

Mahkeme makamı, mahkemenin toplu halde, kül halinde bütünüdür,bir idari merciidir.Karar mercii olarak mahkeme bunun sadece bir bölümüdür.Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunun(GVG) bu kavramı§12,22,59,115,123,124’de kullanılmaktadır.

Makam olarak mahkeme, belirli yargı çevresi için kurulur, gerekli sayıdaki hakimlerden oluşur. Mahkeme bir savcılık, bir yazı işleri bürosu(kalem odası),icra memuruna ve bir yere, binaya sahiptir. Avukatlarda makam olarak mahkemeye dahil kabul edilebilir².

II. Karar Mercii Olarak Mahkeme

Karar mercii olarak mahkeme, makam olarak mahkemenin bir kısmıdır. Bununla kural olarak ZPO ve GVG’de kastedilen, karar veren mahkemedir(das erkennende Gericht).Yargılama mahkemesinin başkanı, mahkemenin başkanı değil; bilakis karar merciiinin başkanıdır³.

Tek hakim hakim sisteminin lehine herşeyden evvel şunlar söylenebilir: Hakimin sorumluluğunu arttırmak, yargılamayı ucuzlatmak ve hızlandırmak. Buna

¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, §20, I

² Rosenberg/Schwab/Gottwald,§ 20,I,1

³ Rosenberg/ Schwab/Gottwald,§ 20,I,2

mukabil heyet sistemi için şunlar söylenebilir: Farklı fikirlerin dikkate alınmasını mümkün kılmak,icabı halinde tek hakim tek taraflı,taraflı,acele, çok hızlı görüşlerini düzeltmek imkanını haiz olmak. Bu sebeblerden dolayı heyet sistemi,tek hakim sistemine göre avantajlıdır, tercih edilmektedir⁴.

B. Karar Vermeye Yetkili Devlet Organı

I. Genel Olarak

Hüküm dendiğinde mahkemenin belli şekildeki bir yargılama yoluyla verdiği kararı anlıyoruz⁵.

Hüküm, diğer devlet işlemlerinden bir mahkeme tarafından belirli, özel bir usulle verilmiş, elde edilmiş işlemleri olması itibariyle ayrılmaktadır.⁶ Egemenliğe dayalı idari işlemler karşısındaki hiçbir ayırt edici özellik, bir hükümde hakkın telaffuz edilmesi kadar belirgin değildir. Bir idari işlem de hukuki bir karar içerebilir ve bu anlamda maddi bakımdan içtihadî eylem olabilir⁷. Bir idari makam, somut olayda vereceği bir kararla(hukukun ne olduğu tespit edilse de) asla bir mahkemenin yerini alamaz⁸ ve bu sebepten ötürü bu ve benzeri makamların kararları hiçbir zaman bir hüküm olarak görülemez. Bu makamların kararları sadece birer idari işlem olarak kalabilirler, çünkü bir hükmü ancak bir mahkeme verebilir⁹.

İdari bir tasarrufun bir „hüküm“ olarak nitelendirilmiş olmasının ya da bir hüküm içermesinin, hüküm ile yok hükmün ayrımı bakımından hiçbir önemi yoktur (örneğin Alman hukukunda Mesken Dairesinin –Wohnamt- kira ödenmesine „karar“ vermesi). Burada daima söz konusu olan idari bir makamın kararıdır, bir mahkemenin kararı değildir; bunlar bu sebeple birer yok hükmüdür¹⁰.

⁴ Rosenberg/ Schwab/Gottwald,§ 20, I, 2

⁵ Jauernig, s.6

⁶ Jauernig, s.7

⁷ Jauernig, s.7

⁸ Jauernig,s.7

⁹ Jauernig,s.7

¹⁰ Jauernig,s.8

Burada, bir resmi makamın, bir mahkeme için ön görülen gereklilikleri yerine getirmediği halde kanun gereği bir “mahkeme” olarak görevlendirildiği durumlardan da söz etmek gerekir. Dilekçe komisyonları (Beschwerdeausschüsse) acil yardım kanununun (SofHilfeG) 69-II Maddesi gereğince bir tür özel idare mahkemesi olarak kararlar alabiliyorlardı. Önce Federal İdare Mahkemesi¹¹ daha sonra da Federal Alman Anayasa Mahkemesi¹² bu komisyonların bir mahkemenin şartlarını yerine getirmediklerini ve bu sebeple acil yardım kanununun (SofHilfeG) 69-II Maddesinin Anayasaya aykırı ve gereksiz olduğunu dile getirmişlerdi. Sonuçta, böylece dilekçe komisyonlarının son mercii sıfatıyla aldıkları „iptal edilemez karar“ları , baştan beri olması gerektiği gibi, bir idari makamın idari tasarrufu statüsüne indirilmek suretiyle idari mahkemelere başvurarak iptal etme yolu açılmış oldu¹³. Bu yolla bir „hüküm“den bir idari tasarruf ve böylelikle bir yok hüküm oluşmaktadır. Buradan genel olarak geçerli olacak şu esas çıkıyor: Mahkeme olmayan bir devlet organı, bir hüküm verecek **yeterlilikte** olmasa da, diğer idari işlemlerde bulunabilir¹⁴. Bunlar sadece hatalı olarak hüküm şeklinde nitelendirilmesi yüzünden, geçersiz sayılmamaktadır.

Adli yönetim(Justizverwaltung) alanındaki kararlar daima yok hükmüdürler. Eğer geniş anlamda **hakim statüsünde bulunan kişiler („richterlicher person“)** tarafından verilen kararlar söz konusu olmasaydı bu konuyla ilgili daha fazla açıklamaya gerek duyulmazdı¹⁵.

Bağımsız hakim güvencesi olmaksızın veya „mahkeme“ (Gerichtswegs)¹⁶ dışında, örneğin hakim hiyerarşik kontrol alanında aldığı kararlar mahkeme kararı değildir. Bu yüzden, sözkonusu kararlar, yok hükmüdürler.

Mahkeme olmayan fakat buna rağmen bağımsız hakim güvencesiyle donatılmış olan bir adli mercii, adli yönetim işleriyle ilgili bir karar alıyorsa, almış olduğu bütün

¹¹ Jauernig, s.8; BVerwGE 1,4 vd.= NJW 53,1886 vd.

¹² Jauernig, s.8; BVerwGE 4,331 vd. = NJW 56, 137 vd.

¹³ Jauernig, s.8; Knoll, JZ 56,358 vd.

¹⁴ Jauernig, s.8

¹⁵ Jauernig, s.9

¹⁶ Jauernig, s.9; Karş: Forsthoff, s.95; Tietgen, NJW 56,1132

kararlar ve tasarrufları daima yok hüküm olur¹⁷. Mahkemelerin **emsal anlayışı ile** yapmış oldukları bütün idari tasarruflar da buraya girmektedir.

Örneğin, Alman hukukunda **Ağır Ceza Mahkemesi başkanının** Adli Teşkilat Kanunu (GVG) 83 I gereğince Eyalet Yüksek Mahkemesi başkanı tarafından atanması kararı.¹⁸

İdari bir işin görüşülmesi bir mahkemeye bırakıldıysa mahkemenin alacağı karar, nesnel olarak idari bir karar oluştursa da, „kendince“ bir karar olabilir. Çünkü devletin işlemlerinin „hüküm“ ile değerlendirilmesi -her şeyden önce- karar veren makamın bir mahkeme olmasına bağlıdır. Buna karşın söz konusu hükmün şekli anlamda da olsa hukuki bir iş ile ilgili olayı doğru şekilde çözmesi belirleyici bir nitelik olamaz.

Bununla birlikte bu meseleye sadece teorik bir değer atfedilebilir; çünkü bir mahkemenin, adli yönetim (Justizverwaltung) ile ilgili bir konuda „hüküm“ vermesi görülebilecek bir durum değildir. Kararını yanlışlıkla da olsa „hüküm“ olarak göstermesi onun işlerliğini etkilemez. Gerçi bu bir yok hükmüdür ama yine de etkili bir devlet tasarrufudur.

Bu bağlamda Alman hukukundaki çekişmesiz yargıdaki mahkemelerin bir hüküm verebilip veremeyecekleri de cevap bekleyen bir sorudur. Faaliyet alanı çoğu kez adli yönetim (gerichtliche Verwaltung) olarak gösterilir¹⁹. Bu gibi ayırt edici niteliklerin, görevlerinin içerdiği konulara uyumlu olup olmadığı oldukça şüpheli bir durumdur. Çünkü çekişmesiz yargıyla ilgili sayısız meseleler, **maddi anlamda içtihatlardır. Bunlar, „somut olayda hakkın ne olduğunu söyleyen ve kesin hüküm kabiliyetine sahip ve bu anlamda bağımsız ve de bağlayıcı olan hakim kararlarıyla çözümler**“²⁰. Dışarıya yönelik „adli yönetim“ tanımlaması, irdelememizin konusu olan mahkemelerdeki çekişmesiz yargının usulen bir kazai içtihat olarak kullanılamayacağını ve bu yüzden şekli anlamda hüküm veremeyeceklerini göstermektedir. Böylece anlaşılmaktadır ki çekişmesiz yargının mahkemeleri, hüküm verme yetkisi olmayan

¹⁷ Jauernig, s.9; Aynı yönde: Özkes, s.626

¹⁸ Jauernig, s.10

¹⁹ Jauernig, s.10

²⁰ Jauernig, s.10, Bettermann, Festschrift, s.24

yargı organlarıdır. Bu esas, hukuken kabul edilemez bir şekilde tartışmalı hukuk mahkemelerine tevdi edilmiş meseleler üzerinde faaliyette bulunduklarında da geçerlidir. Söz konusu kararlar daha çok Beschluss(karar) ²¹ olarak ortaya çıkıyorlar. Bu bakımdan hiçbir zaman için hüküm olamazlar.

Örneğin Vesayet Mahkemesinin „hüküm“ yoluyla bir çocuğun gayrı meşru olduğunu açıklaması tamamıyla ancak karardır.(Beschluss). Çekişmesiz yargının mahkemesi yetki alanını aşarak (var olsa da etkisiz olan) hükümler verme yetkisine sahip olamaz. Bu bakımdan alacağı bütün kararlar resmi anlamda yok hüküm oluştururlar. İşte bu sebepten dolayı ileriki açıklamalarda tıpkı çekişmesiz yargının mahkemelerinde söz konusu olduğu gibi dikkate alınmayacaklardır. Bu husus ilerideki açıklamalarda geçecek olan genel anlamdaki „mahkeme“ ifadesi için göz önünde bulundurulmalıdır²².

II. Fonksiyonel Anlamda Yetki ve Buna Aykırılık

Genel olarak fonksiyonel anlamda yetki, farklı yargı organlarının(Rechrspflegeorgane) içinde farklı yargı görevlerinin(Rechtspflegeaufgaben) ayrımı ile ilgilidir²³. Ayırımın ölçüsü(Verteilungsmaßstab), adli, kazai görev çeşitleridir²⁴.

Fonksiyonel anlamda yetkinin en önemli işlevi, görevi; tüm yargı yolları için geçerli olan yargıma usulünde derece düzeninin tanzimidir²⁵.

Alman hukukunda altı yargı kolu vardır. Bunlar; adli yargı(Zivilgerichtsbarkeit), ceza yargısı(Strafgerichtsbarkeit), iş yargısı(Arbeitsgerichtsbarkeit), idari yargı (Verwaltungs

Gerichtsbarkeit), sosyal yargı(Sozialgerichtsbarkeit) ve mali yargı yoludur (Finanz Gerichtsbarkeit). Finansal yargı yolu iki derecelidir. Diğer yargı yolları ise üç derecelidir:

²¹ Jauernig, s.10; Lent, Freiwillige Gerichtsbarkeit, s.52

²² Jauernig, s.11

²³ Schilken, Gerichtsverfassungsrecht,s.229-230

²⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald,§30,I

²⁵ Schilken, Gerichtsverfassungsrecht,s.230

Birinci derece giriş mahkemesi(Eigangsgericht),ikinci derece istinaf mahkemesi ve üçüncü derece temyiz mahkemesidir²⁶

Adli yargı alanında ilk derece mahkemesi olarak sulh mahkemeleri(Amstgericht) ve asliye mahkemeleri(Landgericht) fonksiyonel anlamda yetkilidir. İkinci derece mahkemesi olarak istinaf yolunda; sulh mahkemesi kararlarına karşı asliye mahkemeleri, asliye mahkemesinin kararlarına ve sulh mahkemesinin aile ve nesep ile ilgili davalardaki kararlarına karşı Eyalet Yüksek Mahkemesi(Oberlandesgericht) görevlidir²⁷. Asliye mahkemesi ve yüksek eyalet mahkemesinin istinaf kararlarına karşı temyiz mahkemesi olarak Alman Federal mahkemesi karar verir. Sıçrama yoluyla temyiz için de bu geçerlidir²⁸.

İcra hukukunda fonksiyonel anlamda yetki düzeni, icra organları arasında cebri icra görevlerinin sınırlandırılmasından oluşur. Görev dağıtımı,asla görev(sachliche Zustandigkeit) anlamında değildir;farklı tür organlar arasında yetki sınırlanması ile ilgilidir.Bu organlar;mahkeme (Prozeßgericht),icra mahkemesi,icra memuru ve tapu dairesidir²⁹.

Fonksiyonel anlamda yetkinin bir konusu da,hakim ile yargı memurları(Rechtspfleger) ve yazı işleri memuru arasındaki görev alanının sınırlandırılmasıdır³⁰.

Heyet halindeki mahkemenin görevleri ile başkanın, tek hakimin,naip hakim ve istinabe olunan hakim arasındaki görev sınırlandırılması da fonksiyonel anlamda yetki düzeninin içinde sayılmaktadır³¹.

Bir mahkemenin ve diğer yargı memurlarının fonksiyonel anlamda yetki kurallarını ihlal ederek verdiği karar ve işlemlerin sonuçları farklı olmalıdır: Bir mahkeme fonksiyonel anlamda yetki kurallarını ihlal ederek karar vermişse,bu karar yok değildir,sadece iptal edilebilir.Başka yargı yoluna giren bir mahkeme tarafından

²⁶ Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, ,s.230 vd.

²⁷ Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, s.231

²⁸ Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, s.231

²⁹ Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, s.233

³⁰ Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, s.234

³¹ Schilken, Gerichtsverfassungsrecht,s.235

verilen karar etkili olduğu için,fonksiyonel anlamda yetkisiz mahkemenin kararları da etkili olmak zorundadır.

Bu mukabil, diğ er yargı organlarının fonksiyonel anlamda yetki kurallarını ihlal ederek yaptığı işlemler etkisizdir.Örneğ in;naip hakimin tanıklıktan çekinme hakkı konusunda verdiğı karar.

Bir hüküm, fonksiyonel anlamda yetki kurallarını ihlali nedeniyle §513 II ve§545 II'deki sınırlamalar olmaksızın iptal edilebilir³².

Türk yargı örgütü kendi içindeş u yargı kollarına ayrılır: Anayasa yargısı,ıdari yargı ve uyuş mazlık yargısı.Yargı kolları arasındaki ilişki yargı yolu ilişkisidir³³.Adli yargı yolu kendi içindeceza yargısı ve medeni yargı olarak ayrılmaktadır.Medeni yargı,özel hukuk alanında faaliyet gösteren hukuk mahkemelerine yöneliktir.Adli yargı ilk derece mahkemeleri;hukuk ve ceza mahkemeleri,hukuk mahkemeleri ise,asliye hukuk ve sulh hukuk mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğ er mahkemeler olarak tanımlanmaktadır³⁴.Yani sulh ve asliye mahkemeleri genel mahkeme; özel kanunlarla kurulan mahkemeler ise özel mahkemelerdir.Asliye mahkemeleri de asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemeleri olarak ikiye ayrılmaktadır.

Hukukumuzda ikinci derece yargılama makamı olarak Bölge Adliye Mahkemeleri (istinaf mahkemeleri) kurulmak istenmektedir. Bu amaçla çıkarılan26.4.2004 tarihli ve5235s. Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Yetkileri Hakkındaki Kanunun geçici 2. Maddesine göre, bu kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren en geç iki yıl içinde bölge adliye mahkemelerinin kurulacağı, bölge adliye mahkemelerinin kuruluşları, yargı çevreleri ve tüm yurttta göreve başlayacağı tarihin Resmi Gazetede ilan edileceğı düzenlenmiştir.Yürürlük tarihine ilişkin 55.maddedeki 1.Nisan.2005 tarihi,daha sonra 1.Haziran.2005 olarak değ iş tirildi.5.6.2007 tarih ve26543 sayılı Resmi Gazetede yapılan ilan üzerine;İstanbul, Bursa, İzmir,Ankara,Konya,Samsun, Adana,Erzurum ve Diyarbakır'da istinaf mahkemeleri kuruldu.Ancak istinaf mahkemelerinin faaliyete

³² Rosenberg/ Schwab/Gottwald,§ 30 IV

³³ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,s.20

³⁴ Alangoya/ Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.21,5232 s.k.m. 2, m.4

başlama tarihi teknik sebepler yüzünden belirsizdir. Bölge Adliye Mahkemelerinde, en az 3 hukuk ve en az iki ceza dairesi bulunur³⁵.

Yargıtay, Türk adli yargı kolunun en yüksek mahkemesidir. Adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı kararların son inceleme merciidir. Yargıtay, birinci başkanlık, daireler, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, bürolar ve idari birimlerden oluşur. Yargıtay'ın karar organları; daireler, Hukuk Genel Kurulu, Ceza Genel Kurulu, Büyük Genel Kurul, Başkanlar Kurulu, Birinci Başkanlık Kurulu, Yüksek Disiplin Kurulu ve Yönetim Kurulu'dur. Yargıtay'da 21 hukuk, 11 ceza dairesi ve her dairede bir daire başkanı ile yeteri kadar üye bulunur³⁶.

Sadece mahkemeler bir hüküm verebildiklerine göre zabıt katibi gibi diğer adli organlarının bu konuda yetkilerinin olmadığı açıktır. Yargı dahilinde dahi mahkeme statüsünde olmayan makamların verecekleri „hükümlerin“ bir yok hüküm olacağı istisnası olmayan bir esastır.

Bu görüş Rosenberg'in ³⁷ yok hükme ilişkin açıklamalarında da belirgin bir şekilde ifade edilir. Fakat etkisiz hüküm bağlamında takip eden açıklamalar az önceki kesin duruşla çelişiyor gibidir. Çalışmasında etkisiz bir hükmün (sadece), kararın mahkeme tarafından verildiği fakat dava olunan hukuki uyumsuzluk ile ilgili yargıda bir düzenlemenin olmadığı durumlarda söz konusu olduğu ³⁸ söylemiştir. Rosenberg bu tanımlamaya sadece yargı yolunu (Gerichtsbarkeit)³⁹ ihlal eden mahkemelerin kararlarını değil, bunun da ötesinde mahkeme organlarının (başkan, istinabe olunan hakim, naip hakim, zabıt katibi ve icra memuru-Gerichtsvollzieher-) görevleri ile ilgili normları ihlal ederek aldıkları kararları da dahil etmektedir.⁴⁰

Çelişki apaçık gözönündedir. Bir tarafta sadece bir mahkeme bir hüküm verebilmelidir denilirken, zira mahkemeden çıkmamış bir hüküm yok hüküm olarak tanımlanıyor; diğer taraftan basit bir mahkeme organı bile –etkisiz de olsa- hüküm

³⁵ Bölge Adliye Mahkemelerinin görevleri için bkz: Alangoya/Yıldırım/Deren- Yıldırım, s.28

³⁶ Alangoya/ Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.29,30

³⁷ Jauernig, s.11,dn.21'de anılan (Rosenberg, § 73 III 1 a)

³⁸ Jauernig, s.11,dn.22'de anılan (Rosenberg,§ 73 IV 2 a)

³⁹ Jauernig, s.11: Örneğin hukuk mahkemesinin ceza hükmü vermesi

⁴⁰ Jauernig, s.11; Bir başka yerde Rosenberg (§ 30 IV 2 a) şunu yazmıştır: Hüküm veren yetkisiz bir başkan, yok hükmünde davranır; çünkü karar , fonksiyonel anlamda yetki kurallarını ihlal etmektedir.

verebilecek bir durumda olarak gösteriliyor. Bu durumda Rosenberg'in görüşüne göre hüküm bir mahkemeden çıkıyor⁴¹, fakat eğer bu doğruysa o zaman ortada mahkeme organlarının değil bizzat mahkemenin kararı bulunmaktadır ki, bu da yapılmış olan hatanın başka yollardan aranması gerektiğini göstermektedir⁴².

Ortaya konan çelişkinin sebebi fonksiyonel anlamda yetkiye (funktionelle Zuständigkeit) ilişkin kuralların yanlış değerlendirilmesinde yatmaktadır.

Rosenberg haklı olarak, devletin değişik işlevlerinin değişik devlet organlarına dağıtılmasının görevin geniş anlamda anlaşılması gerektiğinden yola çıkıyordu⁴³. Devlet mekanizması içinde yetki düzenlemesi doğal olarak sadece üç kuvvet –yargı, yasama ve yürütme- ile sınırlandırılmamıştır, ayrı ayrı her bir kuvvetin her bir alanına kadar yayılmaktadır. O, -Böttlicher'in⁴⁴ isabetli bir şekilde değindiği gibi- fonksiyonel anlamda yetki, yargılama hukuku öğretisinin yargının değişik organları arasında yargının değişik işlevlerini dağıtabilmek için yargı erkini bir bölünmeye sürükleyerek değişik yargı kolları (Gerichtszweige) (medeni, cezai, idari yargı) doğmasını sağladı⁴⁵.

Konuya bu açıdan bakıldığında Rosenberg'in⁴⁶ „birbirinden ayrılmış yargı yolları“nın⁴⁷ aşılması suretiyle verilen kararları ve (asıl anlamda) fonksiyonel anlamda yetkiye ilişkin kuralların ihlaliyle oluşan kararları aynı başlık altında değerlendirmesi oldukça doğrudur. Bununla birlikte, Rosenberg'in her bir yargı koluyla ilgili normlara aykırı hareket etmenin sonuçlarıyla (asıl anlamda) fonksiyonel anlamda yetkiye ilişkin normların ihlalini aynı şekilde değerlendirmesi ve her iki durumda da yetersiz olan kararın etkisizliğini kabul etmesi dikkatten kaçmış bir hatadır⁴⁸. Çünkü değişik yargı kollarının sınırlandırılması belli bir yargı dalına bağlı mahkemenin yargının hangi işlevini üstleneceği sorusunu ortaya atmaktadır.

Buna karşılık fonksiyonel anlamda yetki öğretisi yargı görevlerinin esas anlamda değişik yargı organları arasında dağıtılmasıyla uğraşmaktadır. Bunların arasına

⁴¹ Jauernig, s.11

⁴² Jauernig, s.12

⁴³ Jauernig, s.12; Karş; Böttlicher, s.11

⁴⁴ Jauernig, s.12

⁴⁵ Jauernig, s.12,dn.29'da anılan (Rosenberg, § 30)

⁴⁶ Jauernig, s. 12, dn.32'de anılan(Rosenberg, § 73 IV 2 a)

⁴⁷ Jauernig, s.12

⁴⁸ Jauernig, s.12,dn.32'de anılan(Rosenberg, § 73 IV 2 a)

mahkeme haricinde; mahkeme başkanı, tek hakim, naip hakim, istinabe olunan hakim, zabıt katibi ve icra memuru da dahildir ⁴⁹. Buradan çıkan sonuca göre fonksiyonel anlamda yetki konusunun mantığı mahkeme olan ile mahkeme olmayan arasında bir sınırlama içermemektedir. Fakat bununla birlikte hüküm mü, yoksa yok hüküm mü sorusu sorulduğunda her şeyin bu sınır çizimine bağlı olduğu da yadsınamaz bir gerçektir. Bu yüzden fonksiyonel anlamda yetkiye ilişkin normların ihlali esas itibarıyla ⁵⁰ hükümsüzlüğe sebep oluyor demek doğru olmaz; görevi olmayan icra memuru bir hüküm verecek olursa bu sadece etkisiz olmakla kalmaz, yok hüküm de olur. Ayrıca fonksiyonel anlamda yetki kurallarına ilişkin bir ihlalin alınacak olan kararı (esas itibarıyla) etkisizleştireceği yönünde umutsuzca delil aranmaktadır. **Bilinen sebepler, (her bakımdan) etkisiz oluşun tasarruflarıyla yetkisiz olan makamların yetersizlikleri gösterilerek ⁵¹ daha çok bir gereksiz yineleme ve başvuru esaslarını içermektedir.**

Buradan, fonksiyonel anlamda yetki öğretisinin, hüküm ile yok hükmü birbirinden ayırmak için pek de uygun olmadığı sonucu çıkıyor. Sadece bir mahkemenin verdiği karar bir hüküm olabilir. Diğer yargı organlarının(Rechtspflegeorgane) veya devletin diğer organları tarafından verilen “hükümler” yok hükmüdürler⁵².

III. Yargı Yoluna Riayet Edilmemesi

Eğer bir mahkemenin, dava konusu olan şeyle ilgili başka bir yargı kolunun mahkemesi karar vermeye yetkili olduğundan subjektif anlamdaki yargısı (Gerichtsbarkeit im subjektiven Sinne) eksikse vereceği hüküm aynı olsa bile yok hüküm olmaz. Ne kadar yanlış da olsa ceza davasında bir hukuk mahkemesinin kararı ya da hukuk davasında bir idari mahkemenin kararı sonuç itibarıyla bir hükümdür. Bu, özellikle Alman Anayasası’nın 92. maddesinde ifade edildiği gibi, yargı erkinin birliğinden gelen bir sonuçtur. Anayasa, yargı yolu ve mahkeme ile ilgili sadece bir

⁴⁹Jauernig, s.13,dn.33’te anılan(Rosenberg,§ 30 I 1,2; §73 IV 2a)

⁵⁰ Jauernig, s.13

⁵¹ E.v. Hippel, s.49

⁵² Jauernig, s.13, dn 36’da anılan (v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Berlin-Frankfurt 1953, Vorb. 3b vor Art. 92, s.492 ; Stein/ Jonas/ Schönke I vor § 1); Forsthoff, s.450 vd.

kavramı tanımaktadır ⁵³. Değişik yargı yollarından hangisinin açık olduğu, duruma göre doğru ve o ölçüde de tartışmalı olacağı, bugün için artık sadece genel anlamda yetkili olma durumuyla ilgili bir sorudur ⁵⁴.

“Üçüncü kuvvet”in birliğiyle ilgili Anayasada ortaya konan tanımlama, değişik yargı kollarının mahkemeleri arasında davaların durmaksızın birinden diğerine havale edilmesini öngören Ceza Muhakemesi Kanununu 52. maddesi ile İş Mahkemesi Kanununun 48 ve 48a maddelerindeki esaslarla uyumaktadır ⁵⁵.

Yargı kollarının Anayasada tanınmış olan ve yasal olarak da uygulanan birliğinden dolayı Goldschmidt’in ⁵⁶, bir hukuk mahkemesi kararının ancak hukuk davasında hükmetmeye yetkili bir makam tarafından verilebileceğini savunan görüşü bugün için geçerliliğini yitirmiştir. Eğer bir ceza veya idare mahkemesinin hukuk (mahkemesi) kararını –Goldschmidt ile beraber- yok hüküm olarak kabul edecek olursak nihayet tesis edilebilmiş olunan yargı erkinin birliğini pratik olarak ortadan kaldırmış oluruz. ⁵⁷

Bu durumda hükmün, yok hüküm sayılmamakla birlikte, etkisiz hüküm sayılacağı doktrinde savunulmaktadır ⁵⁸.

Bir devlet tasarrufunun hüküm olarak görülüp görülemeyeceği; karar sahibinin bir mahkeme olup olmadığı ve bu mahkemenin bu konuda karar verme yetkisine(Entscheidungsbefugnis) sahip olup olmadığına bağlıdır ⁵⁹.

⁵³ Jauernig, s.13; Karş: Bötticher, JZ 56, 753; Türk Anayasası m.

⁵⁴ Jauernig, s.13

⁵⁵ Jauernig, s.14

⁵⁶ Prozeß, N. 2672, s. 507; Zivilprozeßrecht,s. 209

⁵⁷ Jauernig, s.14

⁵⁸ Hein, s.191-192; Jauernig, 172 vd.,Blomeyer, s.437

⁵⁹ Jauernig, s.14, dn 42’de anılan(Rosenberg, §73 II 1a, IV 2 a)

§4 Hüküm Vermeye Yetkilendirilmiş Devlet Organı Olarak Hukuk Mahkemesi

A. Genel Olarak

Karar verenin bir mahkeme olup olmadığı ve takiben kararın bir hüküm olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği; bunun genel mahkemeler olarak görülen hukuk, ceza veya idari mahkemeler gibi klasik mahkemeden çıkmış olması sorun oluşturmayacak gibi görünmektedir. Burada pratik güçlükler ilk önce, özellikle idari yargı alanında, özel mahkemelerin çokluğu karşısında ortaya çıkıyor. Bu konuyla birlikte 1950'lerde Almanya'da „mahkemenin“ varlığı ve şartlarıyla ilgili tartışma yeniden alevlendi¹. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin 9.11.1955 tarihli kararı doğrultusunda, bu tartışma en azından geçici olarak son bulmuştur. Bu kararda mahkemenin esas kriterinin, hakimin bağımsızlığı olduğu vurgulanmıştır².

Adli yargı için belli bir kurumun hala, idari bir makam olup olmadığı veya zaten özel mahkeme olarak görülebiliş görülemeyeceğinin pratik olarak hiç bir önemi yoktur. Alman hukuku için yazmış olduğu tezinde Jauernig³, tez konusu bakımından, devletin hangi makamlarının „mahkeme“ olarak nitelendirilebileceği sorusunun cevabının çekişmeli yargı alanında açık bir husus olduğunu belirtmiştir.

Almanya'daki bir devlet organının mahkeme olup olmadığı, kararlarına karar gözüyle bakılıp bakılamayacağı sorusu, adli teşkilat düzenlendiği zaman ortaya çıkmayacaktır.⁴

Bu sorunu –görebildiğim kadarıyla- şimdiye kadar yayınlanmış bir tane karar tasdiklemektedir. Bu karar 1945 yılının Ağustos ayında bir Rus savaş konutanının yetkilendirmesiyle Stolp'te kurulan hukuk dairesinin, bir boşanma davasıyla ilgili vermiş olduğu hükümdü. Alman Federal Mahkemesi 14.11.1956 tarihli kararında⁵, Rus işgal kuvvetlerinin Lahey Kara Harp Nizamnamesi gereği, mahkemeler kurup hakimler

¹ Jauernig, s. 15

² Jauernig, s.15

³ s.15

⁴ Jauernig, s.14

⁵ NJW 57,222 vd.

atamaya yetkili olduğundan ve Stolp hukuk dairesinin Alman Adli Teşkilat Kanununun esaslarına uygun şekilde bir hukukçunun yönetiminde bağımsız mahkeme olarak görev yaptığı için, söz konusu kararın varlığını ve etkinliğini onaylamıştı. Alman Federal Mahkemesi tarafından ele alınan sorunun istisna oluşturan özelliği apaçık ortadadır. Bugün için devletin hangi makamının hukuk mahkemesi olarak nitelenebileceği konusu herhalukarda kesinlik taşımaktadır⁶.

Mahkeme olarak kabul edilmeyen bir organın kararı yok hükmüdür⁷. Zira Türk Anayasası'nın 9. maddesinde yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı ifade edilmiştir. Anayasanın 142. maddesine göre mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi, yargılama usulleri kanunla düzenlenir.

Bizde istiklal mahkemelerinin verdikleri kararlar, Fransa'da 2. Dünya Savaşı sırasında direnen kuvvetlerin, yetkili bir makamın atama işlemi olmaksızın, kendiliklerinden oluşturdukları birliklerin yargı gücüne sahip çıkarak verdikleri kararlar yok hükmüdür.⁸ Aynı şekilde Postacıoğlu'da⁹ kolluk kuvvetlerinin oluşturdukları komitelerin verdikleri yargı kararı niteliğindeki kararların yok sayıldığını belirtmiştir. Bu bağlamda BDDK ve RTÜK'ün kararları da birer hüküm değildir.

Anayasamızın 9. Maddesi bağımsız mahkemeyi esas almıştır. AİHS'nin 6. Maddesinde de, kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkemeden sözedilmektedir. Bu nedenle bağımsız sayılmayan bir organın verdiği kararı yok saymak gerekir¹⁰.

Mahkeme yargı gücünü kullanmadan karar vermiş ise yok hükümden bahsederiz. Örneğin, bir hakimin akşam yemek sırasında yemek yerken verdiği karar¹¹ veya konferans sırasında örnek vermek için yazdığı karar¹² yok hükmüdür.

Fakat bunun dışında bir kararın, hangi temel esaslarla hukuk mahkemesi olarak görülen bir devlet organı tarafından verilebileceği ve hüküm kalitesini taşıyabileceği ayrı bir sorundur. Bununla birlikte karşımıza cevap bekleyen iki tane soru çıkıyor:

⁶ Jauernig, s.16

⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 62 III, 1; Özekes, s.672

⁸ Arslan, s.61

⁹ S. 716

¹⁰ Özekes, s.674

¹¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 62 III 1

¹² Özekes, s.675

Birinci soru: „hüküm“, „mahkeme“nin kararı olarak görülebilmesi için kimin tarafından verilmesi ve ilan edilmesi , bildirilmesi (açığa vurulması) gerekiyor? İkinci soru: Bu ilan nasıl gerçekleşmelidir?

Bu iki sorunun, ancak hayata geçebilmiş bir „hüküm“ karşısında yöneltilebileceği açıktır. Çünkü devletin bir tasarrufunun –bununla birlikte bir hükmün- hukuken geçerlilik kazanabilmiş olması için ilan edilmesi gerekmektedir. Vicdani kararın dışarıya duyurulmasına gerek yoktur, çünkü „ihtilaflı bir konuyla ilgili verilen kararda“ sadece hakimin kafasında „var olan“ şeylerin hukuken bir anlamı yoktur.¹³

Şüphesiz bir hükmün var olabilmesi için onun ilan edilmesi, bildirilmesi, duyurulması (Bekanntgabe) gerekmektedir; ancak bunun herhangi bir şekilde yapılması yeterli olmayacaktır. Sözü geçen tasarruf „hüküm“ olarak açığa vurulmak zorundadır. Yani kanunun hükümler için ön gördüğü bildirilme şekliyle; ya hüküm fıkrasını tefhim ederek¹⁴ ya da sadece hüküm fıkrasını tebliğ ederek¹⁵ yapılmalıdır¹⁶.

Bu, bugün genel olarak temsil edilen¹⁷, bir hüküm sadece kanunen öngörölmüş yollardan geçerek duyurulduğunda geçerlilik kazanır görüşüyle de uyuşmaktadır. **Karşı görüş¹⁸ ise, mahkemenin, söylemini, bunun hüküm olarak geçerli olduğu yönündeki iradesini içerecek şekilde bildirmesini yeterli görmektedir.**

ZPO, bir hükmü, verilebilmesi için sadece kabul edilebilir olarak iki yol öngörölen sıkı kesin şekle bağlı bir devlet tasarrufu olarak ele almaktadır. Burada kanun tarafından amaçlanan, hukuki güvenliğin korunması olup; bu amaç, ancak hükmün başka yollardan ilan edilmesine, bildirilmesine engel olunması ile sağlanabilir. Çünkü, aksi takdirde öngörölen ilan şekilleri geçerli oldukları zaman dahi anlamsız kalacaktır. Bu ilan şekillerine riayet edilmemesi durumunda karar bir „hüküm“den

¹³ Jauernig, s.16

¹⁴ ZPO § 310 I

¹⁵ ZPO § 310 II

¹⁶ Jauernig, s.16 : Tasarrufun hüküm olarak tanımlanması, adlandırılması ne gereklidir ne de yeterlidir. Aynı yönde: Hein, 297 vd., Ayrıca, "Millet Adına" (Im Namen des Volkes) ibaresinin eksik olmasının hükmü zarar vermeyeceği hakkında bkz : **Stein /Jonas/ Schönke; §311, Bem. I 1**

¹⁷ Jauernig, s.17; Lent, 154 vd., 160vd. (Fakat Lent, tefhimin yerini tutan hüküm fıkrasının tebliğinden söz etmemektedir.) ;Nikisch, § 100 II 1 ve 5; Rosenberg, §56 I 1c ve §108 III 5; Baumbach/ Lauterbach, Bem.3 b §300 ve § 310, Bem. 1 A; Stein/ Jonas/ Schönke, § 310, Bem. I 3 ve Bem. I 1 §578

¹⁸ Kriegsmann, s.465; Michel, s.62; Goldschmidt, Prozeß, N.2673; Zivilprozessrecht, s.209

olmayacak; bilakis bir hüküm tasarısı olarak kalacaktır¹⁹. ZPO, ilan şekillerine uyulmasını hükmün oluşabilmesi için temel şart olarak ortaya koyduysa, bu şarta uymamanın sonucu olarak hükmün mutlak hükümsüz olacağı(hükmün yokluğu anlamında) ²⁰ ile ilgili bir kuralın ifade edilmesini de gereksiz olacaktır. Bu konu, ZPO'nun 310. paragrafının pozitif düzenlenmesinde zaten bulunmaktadır²¹.

B.Aidiyet Kavramı

Eğer bildirim kanunen öngörülen şekilde gerçekleşmişse, ancak o zaman mahkemeden çıkmış bir tasarruf hüküm olarak nitelendirilebilir. Gerekli **bildirim** şeklinin korunması suretiyle, mahkeme ile dış dünyaya ulaşan karar, bildirilenin hüküm olarak mahkemeye ait olduğunu gösterebilecek şekilde bağlanmaktadır. **Aidiyetin** **objesi, nesnesi (isnad edilen şey) fiilen bildirilmiş olunan hükümdür; aidiyetin öznesi ise (kime isnad edildiye) mahkemedir. Aidiyet²²** kelimesi, bildirilmiş olan işlemin, yok hüküm ya da –isnad edilebildiği için- var olan bir hüküm olduğunu gösteren bir değerlendirme sürecidir²³.

Böylece bildirim, buna benzer bir değerlendirmeden ari fiili bir süreçtir, ve onun hukuki önemi, ilk önce böyle bir değerlendirme - işte bu **isnad edilme** sürecidir-yoluyla ortaya çıkarılabilir ve çıkarılmalıdır.²⁴. Siegert'e²⁵ göre ise, bir usuli işlemin geçerliliği, varlığı, değerlendirme sorunu olmayıp, fiili bir tespittir.

Bildirilme vakıası ile onun hukuki yönden değerlendirilmesi olgusunu birbirinden ayırma gerekliliği, Federal Alman Mahkemesi Hukuk İşleri Yüksek Kurulu'nun 14.6.1954 tarihinde verdiği kararda²⁶ açık ortaya çıkmaktadır. Kararın başlangıcında, bildirimin mevcut olmasından söz etmek için, hangi temel şartların konmuş olması gerekir gibi genel bir soru sorulmaktadır. Burada, sadece **isnad**

¹⁹ Jauernig, s.17

²⁰ Jauernig,s.17, dn.9:Jauernig'e göre Michel,ZPO §310'nun anlam ve amacını görememiştir.Çünkü ancak o zaman tefhimin eksik olmasının sonucu hükmün mevcut olmaması kabul edilebilir.Michel'e göre hüküm tefhim edilmeden, bu hükme karşı itiraz edilemez.Buna rağmen karar tamamen geçerli sayılmalıdır.Sözkonusu olan soru,tefhim edilmeyen hükmün iptal edilip edilemeyeceğidir.

²¹ Jauernig, s.17

²² Zurechnung

²³ Jauernig, s.17

²⁴ Jauernig, s.18;Burada bahsedilen değerlendirme problemi ile ilgili bkz:Sauer, Prozessrechtslehre, s.219

²⁵ s.34 vd.

²⁶ BGHZ 14,39,s.44

olunabilir olan bildirim kastedilmektedir²⁷. Konuyla ilgilenen Alman Federal Mahkemesinin, bir hükmün şekli anlamda hatalı bildiriminin, hukuki anlamda bir hükmün bildirimi olarak algıladığını görünce bildirim ile isnad etmek arasında hemen bir ayırım yapılacaktır²⁸. Hukuki anlamda bildirim, fiili ve isnad edilebilir bildiriden başka bir şey değildir. Fakat Alman Federal Mahkemesinin ifadesi , sonucu belirleyecek denetim sürecini belirsizleştiriyor. Birçok durumda olduğu gibi burada da, bir fiili durumun hukuki önemini ve kalitesini ilk olarak isnad edilebilir olması belirlemektedir²⁹.

Demek ki fiilen bildirilen bir hükmün aidiyeti şu iki şarta bağlıdır: 1. gerçekten bir beyan gerçekleşmeli ve böylece bir aidiyet objesi ortaya çıkmalıdır. 2. Bildirilmiş olunan hüküm bir mahkemeye –yani aidiyetin öznesi- ait sayılmalıdır. Bunun için zorunlu bildirim şekillerine uyulması gerekmektedir. Bu şekillere uyulup uyulmadığı ise aidiyet çerçevesinde incelenmelidir. Bu incelemede ortaya konduğu üzere, eğer hukuki değer ile ilgili sorun söz konusuysa, bu taktirde aynı şekilde, hükmün „tefhim edildiği“mi yoksa kısaca „tebliğ edildiği“ mi ile ilgili bir değerlendirme sorusu söz konusudur. Diğer bir ifadeyle; acaba aidiyet açıklamasını sağlayan bir bildiri, duyuru ortaya çıkmış mıdır? ³⁰.

Bir hükmün bir özneye isnad edilebilir olmasının işareti için her şeyden önce ortada bir mahkeme mevcut olmalıdır. Burada, birçok mahkemeden (hukuk mahkemesi) hangisinin veya hangilerinin kast edildiği sorunu çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle; eğer hüküm sayılacaksa, bu karar hangi mahkemeye ait olmak zorundadır?³¹

İsnad edilecek özneye ilgili şüpheler şu durumda ortaya çıkmaktadır:Davaya bakan mahkeme tarafından verilmiş hüküm, bizzat o mahkemenin başka bir karar veren kişisi ya da istinabe olunan hakim tarafından tefhim edilirse . Bu gibi durumlarda

²⁷ Jauernig, s.18

²⁸ BGHZ 14,39, s.46 Karş: Nußbaum, s.2 vd: Bir usul işleminin, örneğin hükmün,hukuki başarısı için şart olan bir koşul eksikse,örneğin tefhim, işlem bu şekli ile hukuki anlamda mevcut değildir. İşlemin bu şekilde hukuki anlamda var olmadığının kabul edilmesi, bir faraziye getirmemektedir.Bir şeyin varlığı inkar edilmemektedir;sadece hukuki anlamda hüküm mevcut değildir.

²⁹ Jauernig, s.18

³⁰ Jauernig, s.19

³¹ Jauernig, s.19

tefhim olunan işlemin hangi mahkemeye ait olacağı pratik olarak bir sorun oluşturmaktadır³².

Hüküm tefhim edildiyse, o zaman isnad edilen öznenin kriterleri olarak iki an sunulmaktadır: Hükümün verilmesi³³ ve hükümün tefhimi³⁴. Eğer hüküm verildiği an esas alınırsa isnad edilen özne "hüküm veren mahkeme" olur; tefhim anı esas alınacak olursa, o takdirde özne "tefhim eden mahkeme" olur³⁵.

Hüküm veren mahkemenin isnad edilecek özne olarak görülmesi akla daha yatkın gelmektedir. Kararın verilmesi (bu gizli müzakere ve oylamayla olur) ,başlı başına mahkemenin yargılama için belirleyici faaliyetidir. Burada verilen kararın içeriği belirlenir³⁶. Bu yüzden ZPO'nun konuyla ilgili §315 I 1, §551 2 ve §579 1 ve 2 paragrafları, müzakere ve oylamaya iştirak etmeyi bile "kararın alınmasına katkı" olarak değerlendiriliyor³⁷. Bu, böylelikle ZPO'nun §551 1 ve §579 1 1 paragraflarındaki „hükmeden mahkeme“nin sadece hüküm veren mahkeme olabileceği anlayışıyla da uyumaktadır³⁸. Böylece hükümün verilmesiyle mahkemenin karar verici, belirleyici işlevi de sona ermiş olmaktadır. Bu husus, heyet başkanının idaresinde bulunan dairenin içtihadına yeterli kapsamda katılıp katılmadığı sorusu için önemlidir³⁹.

Buna karşın tefhim, verilmiş olan kararın sadece dışarıya duyurulmasını sağlayan basit bir şekli işlem olarak görünmektedir⁴⁰. Bu bile, hüküm veren ile onu bildiren hakim aynı kişi olması gerekmediğinin bir sebebidir⁴¹. Karar, her halukarda hükmeden,hüküm veren mahkemenin bir hüküm olarak kalır⁴².

Bu, doğrudan doğruya hüküm veren mahkemeye ilgili hataları mutlak temyiz sebebi olarak sayan ya da bir butlan(yokluk) davası olarak gören ZPO'nun §551 1 2

³² Jauernig, s.1 9-20

³³ ZPO § 309

³⁴ ZPO § 310 I

³⁵ Jauernig, s.20

³⁶ Jauernig, s.20; Nikisch,§ 100 I 1

³⁷ Jauernig, s.20; Stein/ Jonas/ Schönke, §315,Bem.I 1; § 551,Bem.II 2 ; **Bu durum, sadece haliyle sadece toplu mahkeme için geçerlidir.Mahkeme tek bir hakimden oluşmaktaysa, karara iştirak tek hakim tarafından verilir.Karş: Lent , Zivilprozessrecht,s.154**

³⁸ Jauernig, s. 20,dn.17'de anılan(Stein /Jonas/ Schönke,§310,Bem.II 1; RGZ 161, 61vd; Rosenberg, §140 III 3c)

³⁹ Karş: Jauernig, s.20, dn.18; BGHZ 20, 355 vd.

⁴⁰ Jauernig, s.20, Ceza muhakemesindeki fark için bkz.RGSt, 3, 116 vd.

⁴¹ Jauernig, s.20,dn.20'de anılan(Stein /Jonas/ Schönke, § 309, Bem.III; Rosenberg, § 56 I 1b); RGZ 161, 61(63)

⁴² Karş: RGZ 161, 61(63)

ve §579 1 1 2 paragraflarında açıkça görülmektedir.⁴³ Böylece hükmün verilmesi, hakim irade tesisini teşkil eden işlemidir⁴⁴.

Saydığımız hususlar, hükmeden mahkemeye isnad olunan özne gözüyle bakılmasının akla yatkınlığını perçinlemektedir. Bununla birlikte, tefhime kadar esasen hükmün hiç bir şekilde oluşamayacaktır; ve bunun da usulüne uygun şekilde teşekkül etmiş heyet önünde, başkan tarafından karar formu biçimine de riayet edilmiş olmak suretiyle yapılmış olması gerekmektedir.⁴⁵ Burada –değinildiği gibi- hükmü veren hakimlerin hazır bulunma zorunlulukları yoktur. Buna karşın verilen hükmün, bildirilen hüküm ile örtüşmesi bildirim sırasında hüküm fıkrasının yazılı olarak ortaya konulması zorunluluğu ile sağlanmış olmaktadır ⁴⁶. Fakat öncelikle, örtüşme, bir mahkeme tarafından verilen hükmün yine bir mahkeme tarafından tefhim edilecek olması ile güvence altına alınmış olmaktadır. Tefhim eden mahkemenin otoritesi, kanun koyucuya, bu mahkemenin kadrosundaki kişiler ile hükmeden mahkemenin kadrosundaki kişilerin aynı olmasından vazgeçebilme imkanını sağlamaktadır ⁴⁷.

Buradan çıkan sonuç şudur: Hükmü tefhim eden makam, mahkeme ise; tefhim edilen hükmün , hükmü veren mahkemeye aidiyeti mevcuttur denilebilir.

Gerçi bu yeterli olmuş olsa, bir mahkeme tarafından verilmiş bir hükmün herhangi bir mahkeme ⁴⁸ tarafından tefhim edilerek oluşumu tamamlanmış olurdu. Ama durum böyle değildir. Çünkü „hükmü veren“ ile „tefhim eden “ mahkeme, ZPO’nun hükme ayrılmış 300. ve devamındaki paragraflarına bakıldığında görülebileceği gibi, birbirinin aynıdır⁴⁹. **Jauernig’e göre, kanun adliye kurumunun karar vermeye yetkili kılınan kısımlarını da mahkeme olarak anlamaktadır. Fakat bunun da istisnaları vardır. Örneğin, bir Landgericht’in Patent Dairesi, aynı mahkemenin diğer dairelerine karşı münhasır yetkiye sahiptir.⁵⁰ Alman Anayasası’nın 100. maddesi anlamında münferit karar organı da mahkeme olarak kabul edilmektedir .Örneğin, Yüksek Federal**

⁴³ Jauernig, s.21

⁴⁴ Jauernig, s.21; BGHZ 20,355(360)

⁴⁵ Jauernig, s.21; Karş:ZPO § 311 II 1, §136 IV

⁴⁶ Jauernig, s.21

⁴⁷ Jauernig, s.21, dn.26’da anılan(Stein /Jonas/ Schönke, § 309, Bem.III); RGZ 161,61(63)

⁴⁸ Jauernig, s.21, dn 27: Özellikle istinabe olunan mahkeme tarafından

⁴⁹ Jauernig, s.21

⁵⁰ Jauernig, s.21; BGHZ, 8, 16(19); 14, 72(75 vd.) Türk Hukukunda İstanbul Ticaret Mahkemeleri arasında 1 ve 2 umaralı Ticaret Mahkemeleri, TMSF’nin taraf olduğu şahsi sorumluluk davalarında münhasır yetkiye sahiptir. Bu durum, Yargıtay kararları ile yaratılmıştır.

Mahkemenin tamamı değil; münferit bir dairesi, münferit karar organı olmaktadır⁵¹. Türk Hukuku bakımından örnek verecek olursak; Yargıtay'ın 1. Hukuk Dairesi, bu anlamda münferit bir karar organıdır.

Hükümün temelini oluşturan yargılama, belirli bir adli kurumun(Gerichtsanstalt) belirli bir karar organı(Spruchbehörde) huzurunda gerçekleşir⁵². Mahkemenin talepten fazlasına hükmedemeyeceği⁵³ yönündeki kanuni emir ,sadece hukuki ihtilafın çözümü ile uğraşanı ilgilendirmektedir; çünkü „mahkeme“ olarak tek başına o, talebin temeli hakkında önceden karar verebilecek durumdadır⁵⁴. O, hüküm başlığında „mahkeme“ olarak gösterilmektedir⁵⁵ ve öyle ki mahkeme kurumunun hemen yanında hükmü veren karar makamına (Spruchabteilung) da yer verilmektedir⁵⁶. Nihai kararı(Endurteil), „mahkeme“ olarak konuyla ilgilenen karar makamı (Spruchabteilung) verebilir⁵⁷, yani kararı verir ve onu tefhim eder⁵⁸. Buradan ortaya çıkan sonuca göre „mahkeme“ dendiğinde, ZPO'nun §330 ve devamındaki paragraflardaki tanımlamaya göre, üyelerin şahsından bağımsız ve onların görev değişikliği halinde de kimliğini muhafaza eden sabit bir kurum, daima somut hukuki uyumsuzluk hakkında karar veren makam anlaşılmalıdır⁵⁹.

Hukuki uyumsuzluğun bütünü mahkemenin, belirli bir karar makamının önünde çözülür: sözlü yargılama, hükmün müzakeresi ve duyurulması bu makam(Abteilung)tarafından gerçekleştirilir. Dolayısıyla „tefhim eden mahkeme“nin karşısında „hüküm veren“ bir mahkemeden söz etmek doğru değildir. Çünkü hüküm vermek ve tefhim etmek bir tek mahkemenin görevidir. Bu yüzden, aidiyet öznesi olarak dikkate alınacak salt bir „hükmü veren mahkeme“ de bulunmamaktadır⁶⁰. Bu görüş ZPO §551 I ve 579 I deki düzenlemelere zıt görünmektedir. Bu maddeler hükmü veren mahkeme (erkennenden Gericht) ile ilgilidirler ve böylece tefhim eden mahkemenin (verkündenden Gericht) bir karşıtlığının var olduğunu göstermektedirler. Bu varsayımın oluşmasındaki sebep, mahkeme kelimesinin talihsiz şekilde kullanılmış

⁵¹ Jauernig, s.21; BVerfG, NJW, 57, 625(626)

⁵² Jauernig, s.22; Hellwig, System, I,§ 32 I 2; Rosenberg, § 19, 1 ve 2

⁵³ ZPO § 308 I ; HUMK m.74

⁵⁴ ZPO §304 I

⁵⁵ ZPO §313 I 2

⁵⁶ Jauernig, s.22; Stein /Jonas/ Schönke, § 313, Bem.II 4

⁵⁷ ZPO § 300 I

⁵⁸ Jauernig, s.22

⁵⁹ Jauernig, s.22; Hellwig, System, I,§ 32 I 2

⁶⁰ Jauernig, s.22

olmasıdır. Kanun, lafzına karşın, karar veren ve tefhim eden mahkemenin ayniyetinden bahseden düzenlemelerden yola çıkmaktadır. Ne var ki sadece hükmün verilmesinde (Urteilsfällung) mahkemenin oluşumundaki hatalar mutlak temyiz sebebi ve butlan sebebi (Nichtigkeit Grund) olarak ileri sürülebilir.

Jauernig'e⁶¹ göre, aidiyetin öznesi, ZPO'nun §330 ve devamındaki paragraflar gereğince daima somut hukuki uyuşmazlığı ele alan karar makamıdır. Bir hüküm tefhim edildiğinde, karar verme ve tefhim düşündüğümüz anlamdaki bir „mahkemeden“ çıkıyorsa, o zaman aidiyet daima kabul edilebilir. Karar veren ile tefhim eden heyetin kadrosundaki hakimlerin değişmiş olmasının bir önemi yoktur; çünkü bununla karar makamının ayniyetine (Identität) dokunulmamış olunmaktadır.

ZPO §300 ve devamı anlamında mahkemenin tarifine göre, başlangıçta sözü edilen iki duruma yönelik bir çözüm ortaya çıkıyor.

İstinabe olunan hakim ,istinabe eden mahkeme tarafından verilen hükmü tefhim ederse , söz konusu ilan gerçi bir mahkemeden çıkmış olur; fakat hükmü veren ile hükmü tefhim eden mahkeme arasındaki zorunlu ayniyet (Identität) eksik kalmış olur. Diğer bir deyişle gerçekten bildirilen işlem için aidiyetin sujesi eksik olmaktadır⁶².

Hukuki uyuşmazlık ile ilgilenen karar makamı kararını vermiş ve bu karar başka bir makam (Abteilung) tarafından tefhim edilmiş ise; yine aynı şekilde tefhim eden mahkeme ile hüküm veren mahkeme arasında kanunen öngörülen ayniyet eksik kalmıştır. Böylece aidiyetin sujesi yoksa, ilan edilmiş bir işlemin aidiyeti ortadan kalkar ve bu işlem yok hüküm olur⁶³.

Bildirim (Verkündung) , ZPO'nun §310 II Maddesi gereğince hüküm fıkrasının tebliğ edilmesiyle yerine getiriliyorsa, aidiyetin sujesi yukarıda 1a) ve 1b)'de ortaya konan esaslara göre belirlenir: Tebliğ olunmuş olan işlem somut davayla uğraşan mahkemeye ait olmalıdır. Bu davayı bir hükümle sonuçlandırmaya, somut davayla

⁶¹ s.22

⁶² Jauernig, s.23

⁶³ Jauernig, s.23,dn.37'de anılan(Rosenberg, § 56 I 1b)

uğraşan mahkeme yetkilidir. Bu noktada onun hüküm fıkrasını tefhim veya tebliğ yoluyla duyurmasının bir farkı yoktur⁶⁴.

“Aidiyetin sujesi belirli hukuki uyumsuzluk ile ilgilenen mahkemedir” cümlesinin birçok açıdan biraz daha açılması gerekmektedir.

Mahkeme, yargı erki kendisine tevdi edilmiş olunan hakim vasıtasıyla, dolayısıyla faaliyette bulunur⁶⁵. Buradan hareketle bir karar makamının bir veya birden fazla üyesinin hakimlik vasıfları (kalitesi) eksik olmasına rağmen, bu makama mahkeme gözüyle bakmak biraz düşündürücü görünmektedir⁶⁶.

Daha önce baskın şekilde kabul edilen görüş⁶⁷, bu gibi durumlarda karar makamını mahkeme olarak görmüyordu ve onun verdiği hükümleri de yok hüküm olarak değerlendiriyordu. Bu görüşün çıkış noktasını mahkemenin bir „soyut düşünce oluşumu“ soyut bir kurum (abstraktes Denkgebilde) oluşu ve reel olarak ortaya çıkışının sadece var olan insanlarla, yani hakimle, gerçekleştiği düşüncesi idi. Bu sebeple bir yandan mahkemenin varlığını kabul edip diğer yandan üyelerinin hakimlik vasıflarını reddetmek mümkün olmazdı. Eğer bir şahıs yetkili makamın talimatıyla devlet mahkemesinde hakim olarak görevlendirilmişse, bu vasfı ortadan kaldıran bir gelişmeye kadar, „Soyut“ olarak gerekli olan hakimlik vasfı mevcut olur⁶⁸. Jauernig’e⁶⁹ göre, resmi görevlendirme işlemi hakimlik yetkisini, onu üstlenecek olan hakimi hakimlik makamı için gerekli ehliyeti taşıyıp taşımadığına bakmaksızın vermektedir. Bu sebeple hatalı bir yapılmış görevlendirmede etkili olacaktır.

Bir toplu mahkeme dahilinde sadece bir üye bakımından dahi görevlendirme işleminin hatalı olması nedeniyle hakim vasıfları (kalitesi) yetersiz, eksik olursa, o zaman bütün karar makamı , bir mahkeme değildir (Nichtgericht) ⁷⁰.

⁶⁴ Jauernig, s.23

⁶⁵ GG § 92

⁶⁶ Jauernig, s.24

⁶⁷ Jauernig, s.24; Baligand, s.222; Hein, s.299; Kriegsmann, s.465; Kleinfeller, §69 I; Friedlaender, s.349 Yazar, üyelerinden en az birisi hakim ise ve hakimlik ehliyetine , yetkisine sahip ise heyeti de mahkeme olarak kabul etmektedir.

⁶⁸ Jauernig, s 24, özellikle Hein, s. 299, 300

⁶⁹ s.24

⁷⁰ Jauernig, s.24; Jellinek, s. 120 : Toplu mahkemede, en az bir üyenin geçerli olarak atanması yeterlidir.

Buna karşın bugün için geçerli olan görüş⁷¹ mahkemenin, karar makamı ve o mahkemede görev yapan hakimler olarak ayrılmasını onaylamaktadır. Bu yüzden, tek hakimin yetersiz olan hakimlik vasfı, toplu mahkemede bir ve daha fazla üyenin bu durumda olması, makamın mahkeme olma özelliğini etkilemez. Mahkeme tarafından verilmiş olması şartıyla hakimlik vasıfları yetersiz olanların katkılarıyla ortaya çıkmış olan karar bir hükümdür. Hakimlik vasıfları yetersiz olanların katılımı, sadece mahkemenin kadrosunun kanuna uygun şekilde oluşmasını etkiler.

Jauernig'e⁷² göre, ikinci görüş üstünlüğü hak etmektedir.

İncelememizin konusu devlet işlemi - hüküm – olarak bildirilen ifadenin aidiyetin sujesine, yani devletin bir organı olarak mahkemeye, bağlanmasıdır, ait kılınmasıdır. Mahkemelerin faaliyetleri vasıtasıyla, yargı erki olarak devlet etkili olmaktadır ve bu suretle bu alanda somut elle tutulur bir varlığa kavuşmaktadır⁷³. Bu gerçeği Alman Anayasası, 92. Paragrafının ikinci yarım cümlesinde isabetli bir şekilde ortaya koymaktadır: "Yargı erki... Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Yüksek Federal Mahkeme, bu Anayasada ön görülen Federal Mahkemeler ve Eyalet Mahkemeleri tarafından yerine getirilir." Mahkemeler bu şekilde devlet bünyesindeki organlar olarak sınıflandırılıyorlarsa, bunun doğal ve gerekli sonucu olarak da mahkeme ile hakimin de birbirinden ayrılmaları gerekir. Demek ki mahkeme –Hein'in⁷⁴ içine düştüğü yanlış gibi- „soyut bir kurum“ değil, bilakis devlet bütününe devlet organizmasının çok canlı bir parçasıdır. Öyle bir parçadır ki ,devlet, onun bulunmasıyla faaliyet gösterir, onun olmayışıyla da kendiliğinden ortadan kalkar⁷⁵.

Devletin, kendisiyle tasarrufta bulunduğu devlet organının, „onun tarafından“ kullanılabilmesi için insani yardıma muhtaç olduğu artık neredeyse çok bayağı bir tespit

⁷¹ Jauernig, s. 24; Wach, RheinZ 3,373(397); Goldschmidt, Prozeß,N.2672; Zivilprozeßrecht,s.81; dn.42'de anılan(Rosenberg, § 21 VI; Baumbach- Lauterbach,§551,Bem.2(...Bir hakimin akıl hastası olması, verilen kararın hüküm kalitesini etkilemez.) §579, Bem.2; Stein /Jonas/ Schönke, § 551,Bem.II 1(Mahkemenin kanuna uygun oluşumu, hakimlik ehliyetine haiz olmalarını ve kanuna uygun şekilde atanmalarını kapsamaktadır.)) Karş: Nikisch, § 129 III 1a(Yazar, bir kararın hüküm kalitesini , kararın yargı erkine sahip bir makam tarafından verilip verilmemiş olduğuna bakarak tespit etmektedir.); Hippel, s.72 vd.; Friedlaender,s. 349

⁷² s. 25

⁷³ s.25, dn 43:Jauernig,devletle mahkeme arasındaki ilişkiyi değil,hakim ile mahkeme arasındaki ilişkiyi açıklığa kavuşturmayı önemli görmektedir.

⁷⁴ s.299

⁷⁵ Jauernig, s.26; Jellinek, s.213:" Devlet, ancak organlar aracılığıyla faaliyette bulunur; organlar yok sayıldığında, devletin varlığı da kendiliğinden kaybolur."

haline geldi. Eğer yine de istenilirse, ikisi arasındaki ilişkiyi belirtebilmek için, hakimlere mahkemenin „organları“ olarak bakılabilir ⁷⁶. Bir hakimin açıklamalarının, mahkemeye "bir daimi kamu hukuku kurumu" ⁷⁷ olarak isnad edilebilir olduğu ve isnad edildiği için hukuki bir karar olduğu veya olabileceği sadece bundan dolayı artık kesinleşmiştir ⁷⁸.

Jauernig'e ⁷⁹ göre; bu hususun açıklığa kavuşturulmasıyla birlikte bütün soruların merkezinde, hakim olmayan birinin işlemlerinin mahkemeye isnad edilebilir olup olmadığı yer alacaktır. **Bu önemli bir husustur. Eğer, heyet halindeki mahkemede en azından biri gerçek hakim olarak etkili olmuşsa, bu tek gerçek hakimin vermesi ile eşdeğer tutulmalıdır.**Bütün sorunsalın, hakim olmayan birinin sanki „usulüne uygun şekilde tayin edilmiş hakim“ gibi davranmasından kaynaklandığı burada bir kez daha altı çizilerek gösterilmiştir. Zira „gerçek bir hakim gibi“ davranmak, çözümün nerede aranması gerektiğini de göstermektedir.

Eğer bir makam mahkemeler teşkilatı esaslarına uygunluğu kabul edilmiş bir mahkeme ise ⁸⁰, o zaman o makamla muhattap olan ilgili üçüncü kişinin de, orada hakim olarak görev yapan kişinin ⁸¹ gerçek bir hakim olduğuna inanması gerekir. **Yeni kanun koyucu bu güvenlik düşüncesini hesaba katarak, görevlendirilmesi hukuken geçersiz olan bir „memurun“ görevine ait bütün işlemlerinin „tıpkı bir memur tarafından yerine getirilmiş gibi geçerli oldukları“na karar vermiştir (BBG §14, daha önce de DBG §34).**

Bu hüküm, BBG'nin §189 I gereğince federal hakimler için de geçerlidir ⁸². Bu hüküm – eyalet hukuku hükümlerinde paralel hükümler yoksa Eyalet Mahkemelerindeki, görevlendirilmeleri hukuken geçersiz olan, „hakimler“ için de geçerli olmak zorundadır ⁸³.

⁷⁶ Jauernig, s.26

⁷⁷ Jauernig, s. 26; Hellwig, System, I, § 32 I 2

⁷⁸ Jauernig, s. 26

⁷⁹ s.26

⁸⁰ Jauernig, s.26; Wach, RheinZ 3,373(397); Goldschmidt, Prozeß,N.2672

⁸¹ Jauernig, s.26; Karş: Hippel, s.72 vd

⁸² Jauernig, s.27, Karş: dn.51'de anılan (Baumbach- Lauterbach, §579,Bem.2)

⁸³ Jauernig, s.27

Eğer makam bir mahkeme ise, güvenin korunması da kendine bir yer edinmektedir; işte tam da burada korunmaya değer güven unsuru bulunmaktadır⁸⁴. Bunun ötesinde, taraflardan birinin hakimlik vasıflarına itibar göstermesi hususunda iyi niyet sahibi olması gerekmemektedir, çünkü verilen kararlar mahkemelerde görev alan şahıslardan değil, mahkemeler teşkilatı esaslarına uygun olarak kabul edilmiş mahkemelerden çıkar⁸⁵.

Somut davanın taraflarının, iyi niyeti, duydukları güven her halukarda önemli değildir. Hakimlik vasıfları yetersiz birinin tasarruflarının „mahkemeye“ isnad edilebilir olup olmadığı ve mahkeme tarafından alınmış olunan „hükmün“ gerçek bir hüküm olup olmadığı, bu güven duygusunun mevcut olup olmamasına bağlı bir durum değildir. Burada somut olaydan yapılan soyutlama ve buna bağlı olarak da güvenin korunmasına dair genellemenin içsel meşruiyeti, ilan edilmiş bir işlemin hüküm veya yok hüküm olarak nitelenmesi hususunda tarafların iyi niyetine bağlı olamayacağı gerçeğinde yatmaktadır. Böyle bir durum zaten kendiliğinden yasaklanmaktadır. Zira, aksi durumunda tarafların, iyi niyetleri sayesinde, hükmün oluşum sürecinde zorunlu katılımcılar olacak ve böylelikle hüküm verilirken yargı erkinin somut uygulaması „Anayasanın §92 de öngörüldüğü şekilde sadece „mahkemeye“ mahsus bir konu olmayacaktır⁸⁶.

Buradan çıkan sonuca göre:

Tek hakimin ya da toplu bir mahkemenin bir veya birçok üyesinin hakimlik vasıflarının yetersiz olması, makamın mahkeme olma niteliğini etkilemez. Daima belirleyici olan husus, makamın, yani mahkemenin hükmünün sözkonusu olmasıdır. Mahkemenin hükmü olduğu sürece, hükmün oluşumu ya da etkili olması üzerinde hakim olmayan şahsın katkısının bir etkisi yoktur. Ancak bu, sadece hakimlik kürsüsünün, heyetinin usulüne göre oluşturulmamış olduğu hallerde, iptali kabil bir durum yaratacaktır.⁸⁷

⁸⁴ Jauernig, s.27, dn. 52: Güven unsuru ile, olmayan mahkeme mahkeme haline gelmez. Bu durum, güvenin korunmasında önemli bir sınır oluşturmaktadır.

⁸⁵ Jauernig, s. 27

⁸⁶ Jauernig, s. 27

⁸⁷ Jauernig, s. 27

Mahkemenin kararı, mahkemeler teşkilatı kanunu normlarının gerektirdiği hakim sayısının altında üye sayısı ile, yani gerekli hakim sayısına ulaşılmadan sırf mevcut hakimlerin katkılarıyla verilmişse, bu durumda bu karar yaygın bir görüşe göre ,yok karar özellikle yok hüküm kavramı altında yer almaktadır⁸⁸.

Heyetteki bir üyenin eksikliği bile makamın mahkeme niteliğini ortadan kaldırır, bunun için kurallara aykırı bir kadro oluşumun beklenmesine gerek yoktur. Gerekçe olarak mahkemenin oluşumuyla ilgili kuralların sadece hakimlik görevinin hukuki şartları ile ilgili olduğu⁸⁹ ve (aynı zamanda) katkıda bulunan hakimlerin öngörülen sayılarıyla ilgili olmaması gösterilmiştir⁹⁰.

Bu görüş de , daha önce tarafımızdan isabetsiz görülen mahkeme ile hakim arasında fark gözetilmemesine, yani mahkeme ile hakimin eşdeğer görülmesine, ayniyetine (Identifizierung) dayanmaktadır. Eğer bir heyete katılmış olan hakimler mahkemeyi oluşturabiliyor olsalardı, ancak o zaman fiilen üye sayısının tam olduğu bir heyet mahkeme olarak kabul edilebilirdi⁹¹.

Devlet organı olan mahkemeyle, Forsthoff'un⁹² nitelendirmesi anlamında işlev taşıyıcı olarak olarak hakimin birbirinden ayrılması gerekliliği bulunmaktadır. Jauernig'e⁹³ göre, mahkeme ve hakimin birbirlerinden ayrılması Mahkemeler Teşkilatı Kanunu hükümlerince de esas alınmıştır. Burada tamamlayıcı unsur olarak şu hususları da belirtmek gerekir. Mahkemeler Teşkilatı Kanunu 75, 105, 122 ve 139. Paragrafları,oda ve senatoların belli sayıdaki hakimlerce “oluşturulduğundan”, daha doğrusu, belirli bir oluşumla karar vermelerinden söz etmektedir. Ancak öngörülen sayıdaki hakim katkıda bulunmuşsa daire kanuna uygun şekilde oluşmuş olacaktır. Heyetin bir üyesi eksik olduğunda mahkemenin vereceği karar etkili olacaktır, ama caiz olan kanuni yollarla bozulabilecektir.⁹⁴ İmparatorluk Mahkemesi⁹⁵ bir kararında,5 senato üyesinin imzaladığı, ancak 3 hakimin yokluğunda tefhim olunan hükme karşı yapılan temyiz itirazını reddetmiştir.Gerekçesi ise, hükmün hatalı tefhim edilmediği

⁸⁸ Jauernig, s. 27; Jellinek, s.64; Kormann, s.246; Sauer, Grundlagen, s.451; Prozeßrechtslehre, s.222, 227; Beling, s.205; Kleinfeller, § 69 I

⁸⁹ Jauernig, s.28,dn.56'da anılan (Rosenberg, § 21)

⁹⁰ Jauernig, s. 28

⁹¹ Jauernig, s. 28

⁹² S. 371

⁹³ s.28

⁹⁴ Karş: ZPO §551 I, 579 I 1; Jauernig, s.28; Goldschmidt, Prozeß, N.267

⁹⁵ Jauernig, s.28

olmuştur. Böylece İmparatorluk Mahkemesi, bu hükmün varlığını zımnen onaylamış olmaktadır, zira bir hüküm ancak bir mahkemenin tefhimi yoluyla mevcut olabilir, varlık kazanabilir⁹⁶.

Ama bu gibi durumlarda bir hüküm ne zaman mahkeme tarafından verilmiş olur?

Mahkemenin bir üyesi değil, zabıt katibi ya da icra memurunun faaliyeti sözkonusu ise aidiyet her zaman için kabul edilemez⁹⁷. Aidiyet, esas itibariyle mahkemenin ancak bir üyesiyle bile olsa, özellikle mahkeme başkanıyla, tasarrufta bulunduğu hallerde kabul edilmelidir⁹⁸.

Jauernig'e⁹⁹ göre; yetkisiz olan mahkeme başkanının vereceği kararın, kendisine verilen yargılama hakkının sınırlarını aştığı için etkisiz olacağına ilişkin Hellwig¹⁰⁰ ve Rosenberg'in¹⁰¹ görüşleri çelişkili olduğu için isabetli değildir. Her ikisi de kararın mahkemeden çıkacağı gerçeğinden hareket etmektedirler, çünkü aksi durumunda – Rosenberg'in haklı olarak işaret ettiği gibi-¹⁰² bir yok hükmü kabul etmek zorunda kalacaklardır.¹⁰³ Hellwig ve Rosenberg'in yanılışı, başkanın yargılama erkini –fakat mahkemeye verilmiş olanı değil!- ya da kendi fonksiyonel anlamda yetkisini -fakat mahkemeye verilmiş olanı değil!- aştığı ve bu sebeple mahkemenin verdiği hükmün etkisiz olduğunu iddia etmek suretiyle, mahkeme ve hakimi eşit algılamalarında yatmaktadır. Bu şekilde tasarrufta bulunan hakimın şahsındaki eksiklik, mahkeme tarafından verilmiş hükmün bir eksikliği olarak görünmektedir.

Bununla birlikte mahkemenin konumu açısından bakıldığında, mahkeme başkanı tarafından verilmiş hükmün, yetkiyi aşmış veya aşmamış bir olmasının bir önemi yoktur. Burada belirleyici olan, başkanın “yargılama erki” veya “fonksiyonel anlamda

⁹⁶ Jauernig, s.28

⁹⁷ Jauernig, s. 28; Aksi görüş için bkz: Rosenberg,§ 73 IV 2a

⁹⁸ Jauernig, s.28

⁹⁹ s.29

¹⁰⁰ System,I,§ 34 IV

¹⁰¹ § 30 IV 2

yetkisi” değildir, önemli olan esas itibariyle hükmü veren mahkemenin başkan dahil üç (ya da beş) hakimin katılmış olmasıdır. Eğer daha az hakim iştirak etmişse, mahkemenin usulüne uygun şekilde oluşmasını öngören kurallar ihlal edilmiş demektir, tasarrufta bulunan hakimin yargılama erkini ya da fonksiyonel anlamda yetkisinin sınırlarını aşmış olması bir önemi yoktur. Hüküm, bu sebeple mevcut olduğu gibi aynı zamanda etkilidir. Ona, sadece caiz olan kanuni yollarla itiraz edilebilir, müdahale edilebilir¹⁰⁴. Heyet başkanının kararı yok hüküm değildir, iptal edilebilir. Bu karar bir mahkeme kararıdır, ancak usulüne uygun şekilde teşekkül etmemiş mahkemenin kararıdır¹⁰⁵.

Hellwig ve ona benzer şekilde Rosenberg’in hükmün mevcut olma durumunda hakim ile mahkeme arasında yapmış oldukları ayrımı ve hükmün yetersizliğini oluşturan sebepleri ilgilendiren durumlarda da ikisine ilişkin tanımlamalarını, naip hakimin bir karar verdiği duruma dönüşmüş olarak buluruz.

Burada yine Hellwig¹⁰⁶ ve Rosenberg¹⁰⁷, tekrar bir etkisiz hüküm olduğunu kabul etmektedirler. Yani bir mahkemeden çıkmış olduğunu etkisiz bir hükmü esas alıyorlar.

Diğer bir taraftan Hellwig¹⁰⁸, baskın olan görüşe¹⁰⁹ uygun olarak bu hükmü yok hüküm olarak kabul etmektedir. Çünkü bu hüküm, özel hukuk ihtilafları bakımından karar erki olan (o konuda karar vermiş olan) bir makamdan çıkmamıştır¹¹⁰ veya naip hakimin Mahkemeler Teşkilatına uygun olarak tanınmış bir mahkeme değildir¹¹¹.

Jauernig’e¹¹² göre; naip hakime mahkeme olarak bakılamayacağı, tıpkı söylenmemiş olması kadar isabetlidir. Çünkü burada “hükmün” mahkeme olarak tek başına ona ait olup olmaması söz konusu değildir. Naip hakim de bir mahkemenin

¹⁰⁴ Jauernig, s.29

¹⁰⁵ Rosenberg/Schwab/ Gottwald, §62 III 1

¹⁰⁶ System, I, § 34

¹⁰⁷ § 73 IV 2a

¹⁰⁸ System, I, § 174 II

¹⁰⁹ Jauernig, s. 30, dn.70’de anılan (Stein /Jonas/ Schönke/Pohle, Bem. I 1 § 578); Hellwig,

Zivilprozeßrecht, § 2,78; Sauer, Grundlagen, s.452, Prozeßrechtslehre, s.227;

Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, s.209; Prozeß, s.506

¹¹⁰ Hellwig, System, I, § 174 II 1; Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, s. 209

¹¹¹ Jauernig, s.30, dn.72’de anılan (Stein /Jonas/ Schönke/ Pohle, B em. I 1 vor§ 578) ;Sauer, Grundlagen, s.452

¹¹² s.30

üyesidir ve bundan dolayı mesele bildirilen işlemin bu mahkemeye aidiyetidir. Bu konu Hellwig ve Rosenberg tarafından da zımnen onaylanacaktır, çünkü her ikisi de hükmün etkisiz olacağı noktasında hemfikirdirler, yok hüküm olmayacağını zaten kabul etmektedirler. Hellwig, naip hakim tarafından verilen hükmün -salt- etkisizliğine ilişkin bir gerekçe getirmemektedir¹¹³. Rosenberg¹¹⁴ ise işlevsel yetkiye ilişkin kuralların ihlal edilmesinin işlemi esas itibarıyla etkisizleştireceği fakat asla ilgili işlemin yokluğuna sebep olamayacağı düşüncesindedir. Bu görüşün savunulacak bir tarafının olmadığı daha öncede¹¹⁵ kanıtlanmıştı. orada genel olarak ifade edilen red, burada münferit olayla da doğrulanmaktadır.

Naip hakimın “hüküm”, kendisinin de üyesi olduğu¹¹⁶ dava mahkemesinden çıkmamaktadır. Gerçi o, faaliyette bulunduğu süre zarfında da naip hakim olarak heyetin bir üyesi kalmaya devam etmektedir¹¹⁷, ama o naip hakim dava mahkemesi değildir. Heyette salt üye olması, kendi kararlarının mahkemeye isnad edilebilir olması, aidiyeti için yeterli değildir. ZPO’nun 576 I. gereğince naip hakimın kararlarına karşı, mahkemenin benzer kararları için tanınan, kanun yolları imkanı tanınmamıştır. Buradan çıkarılabilecek genel kurala göre, naip hakimın kararına mahkemenin kararı olarak bakılamaz ve buna bağlı olarak da naip hakimın bu şekilde vermiş olduğu “karar” bir mahkemeden çıkmış sayılamaz¹¹⁸. Bu yüzden karar usule aykırı şekilde oluşturulmuş bir mahkeme ile irtibatlandırılmaz. Bu sebeple bir aidiyete dair bütün ihtimaller ortadan kalkmaktadır; yani, naip hakimın “kararı” bir yok hükümdür.¹¹⁹

Tek hakim tarafından kararlaştırılmış ve (ya da) bildirilen kararın, belki de tam oluşamamış bir mahkemeden çıkmış olup olmadığı, aşağıdaki bölümde tek hakimın bir kararı ilan edişine ilişkin sorularla birlikte ele alınacaktır. Bu meyanda, Jauernig tarafından burada geliştirilen aidiyet yönteminin ve aidiyet kavramının pratik olarak uygulanabilirliği de kendini ortaya koyacaktır.

¹¹³ Jauernig, s.30

¹¹⁴ § 30 IV 2; 73 IV 2a

¹¹⁵ Yukarıda § 3

¹¹⁶ Jauernig, s. 30; Karş: ZPO §361 I ,II

¹¹⁷ Jauernig, s. 30; Karş: ZPO § 355 I 2; 361 I ve II ; 372 I; 375 I; 479 I

¹¹⁸ Jauernig, s.31,dn .79: Hellwig ve Rosenberg bunu gözden kaçırmıştır.

¹¹⁹ Jauernig, s. 31; Aynı yönde: Özkes,s.678

§ 5. Özellikle: Tek Hakim

A. Genel Olarak

2001 yılında ZPO değişikliği sırasında asliye mahkemesindeki tek hakimin durumu yeniden düzenlenmiştir. ZPO §348 I 1 uyarınca hukuk dairelerinde kural olarak tek hakim tarafından karar verilir(originärer Einzelrichter)¹.

Hukuk dairesinde, üyelerden bir tanesi hakimliğin birinci yılında ise(Richter auf Probe) veya §348 I 2 Nr. 2'deki katalogta sayılan konu alanına giren işlerde daire olarak karar verilir. Mahkemenin işbölümü planı aracılığıyla bu alanlara hangi dairenin baktığı belirlenir.Asliye mahkemesi başkanı,dairenin görev alanının işbölümü planı ile belirlemede serbesttir.Daire, özel bir zorluk taşımayan davaları ve önemli olmayan davaları tek hakime devretmelidir.Ancak daire önünde sözlü duruşma yapılmamış olması halinde bu devir mümkündür.Aksi halde devir olmaz(obligatorische Einzelrichter) § 348 a I

Eğer bir zorluk veya yargılamanın durumunu değiştirebilecek nitelikte dava konusunun bir detayı çıkarsa veya iki taraf talep ederse zorunlu tek hakim davayı heyete devreder(348 a II). Bu devirde bazı hatalar olduysa, buna kanun yolu ile karşı çıkılamaz.

2001 yılındaki revizyon ile, tek hakimin görev alanı istinaf yargılamasında genişletilmiştir.§5526 I gereğince istinaf mahkemesi aşağıdaki hallerde hukuki uyuşmazlık hakkında kararı tek hakime devredebilir. Buna kararı veren hakim (entscheidender Richter)denir.

- 1.İlk derece mahkemesindeki karar tek hakim tarafından verildiyse,
- 2.Dava konusunun özel bir zorluk derecesi yoksa,
- 3.Dava konusunun ilerisi için çok önemi yoksa(içtihad açısından),
- 4.Heyet önünde sözlü duruşma henüz yapılmadıysa.

¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald,§ 20 IV 2

Kararı veren hakim (Der entscheidende Richter), birinci derece mahkemesindeki zorunlu tek hakim gibi aynı şartlar altında davayı heyete devredebilir.

Hukuki uyuşmazlık tamamen tek hakime devredilmemişse, istinaf mahkemesi hazırlayıcı tek hakime(vorbereitenden Einzelrichter) devredebilir.Hazırlayıcı, raportör tek hakim davayı,heyetin tek bir sözlü duruşmada halledebileceği hale getirmekle yükümlüdür.Şekli anlamda usuli kararlar için hazırlayıcı tek hakim § 527 III uyarınca yetkilidir. Hazırlayıcı tek hakim davayı,iki tarafın rızası ile karara bağlayabilir(§527 IV)².

Bir karar mercii tek hakimden veya heyet mahkemesi olarak birden fazla hakimden teşekkül edebilir.Heyet, meslekten hakim(Berufsrichter) veya kısmen meslekten olmayan hakimden (Laienrichter) oluşabilir.Alman kanun koyucusu esasen heyet sistemini tercih etmiştir.Tek hakim sistemi esas itibariyle sadece sulh mahkemesi için tasarlanmıştır.Bu arada tek hakimin yetkisi 1.1.2002 tarihinde ZPO’da yapılan reformla açık şekilde genişletilmiştir³

Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu §22 I gerğince sulh mahkemelerini tek hakim idare eder, kanunda başka türlü belirtilmedikçe Abs. 4 gereğince kendisine verilen işleri halleder⁴.

Tek hakim, sulh mahkemesinin karar merciidir.Kanun tek hakim sistemini öngörmedikçe,karar mercii heyet olarak birden çok hakimden oluşur.Heyet sisteminde en az 3 hakim öngörülmüştür, bu hakimler meslekten hakim veya fahri hakim olabilirler. Heyet mahkemesi daire(Kammer) veya kurul(Senat)olarak adlandırılır⁵

Türk hukukunda adli yargının ilk derece mahkemeleri genel ve özel mahkeme olarak ikiye ayrılır. Genel mahkemelerden sulh mahkemeleri ve asliye mahkemeleri tek hakimlidir.Yalnız asliye ticaret mahkemeleri toplu mahkemelerdir.Özel mahkemelerden icra,tüketici,iş,kadastro,aile ve fikri ve sınai haklar hukuk mahkemeleri tek hakimli;denizcilik ihtisas mahkemeleri ise toplu

² Rosenberg/Schwab/Gottwald,§ 20 IV 2

³ Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, s.237

⁴ Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, s.237

⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 20 III

mahkemelerdir⁶. Dolayısıyla Türk hukukuna baktığımızda tek hakim sisteminin benimsendiğini söyleyebiliriz.

B. Tek Hakim İle İlgili Alman Hukukundaki Tartışmalar

1924 yılında “tek hakim huzurunda yargılama” alanında yapılan kanun değişikliğinin ZPO’da yer almış olmasından beri tek hakimin Adli Teşkilat içindeki yerine ilişkin tartışmalar bir türlü dinmedi. Burada bizi özellikle ilgilendiren konu, tek hakimin hüküm vermeye yetkilendirilmiş bir devlet organı olup olmadığı ve bir tek hakimin hükmün aidiyetinin sujesi olup olamayacağıdır⁷.

Tek hakimin Mahkemeler Teşkilatındaki uygun konumu, her yerde “heyetin,dairenin (senatonun) yerine” ya da “dava mahkemesinin yerine” durduğu şeklinde açıklanmaktadır. Böylece bu niteleme, kanunda geçen ifadelerin yeniden kullanılmasından tekrarından ibaret kalmaktadır⁸. Fakat basit bir incelemeyle kanundaki tanımlamaların bir ölçüde şüpheli oldukları görülüyor⁹.

Biz, “Mahkeme” ile “hakim” arasındaki ayrımı daha önce öğrendiğimiz için gördük ki “makam” ya da “kurum” olan bir mahkemenin kendisinde görev yapan hakimlerden, ister bir hakim olsun isterse daha fazla, ayrı tutulması gerekir. Oda ve senatolarda kaç hakimin iştirak etmesi gerektiği mahkemenin kanuna uygun şekilde teşkili ile ilgili bir sorudur. Mahkeme ve hakim (özellikle heyet) arasındaki bu gerekli ayırım, tek hakime ilişkin açıklamalarda şu sebepten dolayı belirsiz kalıyor: Bir mahkemenin toplu oluşumunu tayin eden Mahkemeler Teşkilatı Kanunu’nun 75, 105 I ve 122 I. Maddelerinde¹⁰, heyetin (senatonun) yerine tek hakimin usul kanunlarındaki hükümlere göre karar vermediği sürece” denilirken, diğer yandan ZPO’nun 349 III tek hakime belli şartlar altında “dava mahkemesi adına” karar verme yetkisi verilmektedir.¹¹

⁶ Alangoya /Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.21 vd.

⁷ Jauernig, s.31

⁸ Jauernig, s.31; GVG §75,105 I, 122 I; ZPO § 349

⁹ Jauernig, s.31

¹⁰ Jauernig, s.31

¹¹ Jauernig, s.32

Gerek GVG gerek ZPO'daki bu hükümler bakımından ortaya şu soru taciz edici bir şekilde ortaya çıkıyor: “mahkemenin” usulüne uygun oluşumuyla ilgili hükümler tek hakimi, “heyet” ve “senato” adına faaliyette bulunabileceği şekilde, kapsıyor mu ya da tam anlamıyla heyet, senato ve dava mahkemesi “adına” mı bulunuyor? Gerçi bu haliyle temsili nitelikte olsa da “dava mahkemesinden” çok farklı bir **takdim meydana** getirecektir. Kanundaki belirsizlik tek hakimin konumuna ilişkin bir yığın muğlaklık ve ve şüpheli durum yaratmaktadır. **Önemli soruların tümüyle, yapacağımız açıklamalardaki bakış açısıyla anlaşılıp çözülebileceğini fark edeceğiz.**¹²

Alman Yüksek Mahkemesi “dava mahkemesi” tarafından kararlaştırılmış etkili bir hükmün “tek hakim” tarafından tefhim edilip edilemeyeceği sürekli meşgul olmaktadır.

İmparatorluk Mahkemesi, bu durumu esas itibariyle bir hükmün oluşması için uygun olmayan, hatalı bir hüküm tefhimi olarak kabul etmişti. Tek hakim tarafından tefhim edilmiş “karar” bu bakımdan bir yok hükmüdü¹³. ZPO'nun 349 III. hükümler de göz önünde bulundurularak mamelek haklarıyla ilgili uyuşmazlıklar bakımından ilk derece mahkemesinin hükümleri bakımından bir istisnanın geçerli olduğunu kabul ediyor. Bu kaideye göre birinci derecedeki tek hakim, tarafların da onayıyla mamelek haklarıyla ilgili talepleri hükümle çözüme kavuşturabilir. İmparatorluk Mahkemesi¹⁴ buradan hareketle, her halükarda ZPO'nun 349. paragrafının III. bendinin yürürlük alanında tek hakim tarafından tefhim edilişin hukuken öngörülmüş bir hüküm bildirim şekli olduğunu ve hükmü bu sebeple etkili olarak açığa çıkabileceği sonucuna varıyor. Birinci derecedeki tek hakim, mamelek haklarıyla ilgili ihtilaflarda, tarafların rızası olmadan bir hükmü tefhim ederse, tefhim gerçi kusurlu olur, taraflarda bu eksikliği ZPOş 295 gereği dikkate almayabilirler; zira bir hükmün bildirilmesini “hükmü aynı şekilde tek hakime tevdi ederek sağlayabilirler”¹⁵.

¹² Jauernig, s.32

¹³ Jauernig, s.32; RGZ 135, 118(120)

¹⁴ Jauernig, s.32; RGZ 161, 61 (63 ,64)

¹⁵ Jauernig, s.32; RGZ 161, 61 (63) Bu karar dn. 7’de belirtilen RGZ 135, 118 ve devamında yer alan kararlar temelde farklı olup olmadığı tartışmalıdır. Çünkü, RGZ 135, 118 deki karar diğerinin aksine malvarlığı hakları ile ilgili olmayan bir uyuşmazlıktır. Bu tür davalarda nasıl karar verilmesi gerektiği RGZ 161, 61 (64) de açıkça belirtilmektedir.

İmparatorluk mahkemesinin kararı, Rosenberg ¹⁶ ve Baumach-Lauterbach ¹⁷ tarafından tasdik aldı, uygun bulundu. Buna karşın diğer literatürde -bu sorunla ilgilendiği kadarıyla- ve münferit eyalet yüksek mahkemelerinin kararlarında İmparatorluk Mahkemesinin görüşü reddedildi¹⁸. Eğer tek hakim, bir heyet tarafından kararlaştırılmış bir hükmü tefhim ediyorsa, o zaman tefhim eden mahkeme de usulüne uygun şekilde oluşturulmamıştır; fakat bu yetersizlik, bildirilmiş hükmün ne adem-i mevcudiyeti(yokluğu) ne de onun etkisizliği sonucunu doğurur ¹⁹.

İmparatorluk Mahkemesinin görüşü tahlil edilecek olunursa, şeklen hatalı olarak tefhim edilmiş her kararı, kanunların bir kararın ilanı ile ilgili hükümlerinin zorlayıcı karakteri yüzünden hiç verilmemiş ve yok hüküm olması gerektiğini savunan müstakar içtihadı ile belirli bir ilişki içerisinde olduğu hemen tespit edilecektir. ²⁰.

Tek hakimin, heyet tarafından verilen hükmü tefhiminin hatalı olduğu tartışmasızdır. Bu noktada Alman Federal Mahkemesi Hukuk İşleri Yüksek Kurulu'nun 14 Haziran 1954²¹ tarihinde, tek hakimin caiz olmayan (unzulässig) tefhimini hatalı tefhim vakası olarak ortaya koyan kararı(Beschluß) da tamamen isabetlidir. İmparatorluk Mahkemesi, hatalı tefhim halinde kararın mevcut olamayacağı görüşündedir. Peki ama bu bildirimdeki hata nerede yatıyor ve neden bir hükmün varlığını engelliyor?²²

İmparatorluk Mahkemesinin, hükmün bildirilmesindeki her türlü yetersizlik bir hükmün oluşmasını engeller ²³ şeklinde ortaya koyduğu gerekçe, bir açıklama niteliği taşıyor, **çünkü Yüksek Mahkemenin kendisi de 20 Mart 1925 ²⁴tarihli kararında; oluşumu eksik olan mahkemenin (hakimlerin sayısı bakımından) hüküm tefhimi, her ne**

¹⁶ Jauernig, s.33, dn.6'da anılan (Rosenberg, § 56 I 1b)

¹⁷ Jauernig, s.33, dn.7'de anılan (Baumbach-lauterbach, § 310, Bem. 2 ve § 349, Bem. 2A)

¹⁸ Jauernig, s.33, dn.8'de anılan (Karş: Stein/ Jonas/ Schönke, §310, Bem. I 1)

¹⁹ Jauernig, s.33 ; OLG Stuttgart, (JW 33,1542) kararında, verilen ve tefhim edilen hükmün uygun olmasının sağlanmasını belirleyici olarak görmektedir. Tek hakimin kararın verilmesinde katkısı olduysa ve heyet tarafından tefhim için görevlendirilmişse bu şart gerçekleşmiştir. Jauernig tarafından savunulan düşünceye göre, bu hususa bağlı değildir.

²⁰ Jauernig, s.33; Karş: RGZ 90, 295(296); 133,215(218); 135,118(119 vd.)

²¹ Jauernig, s.33; BGHZ 14,39(40 vd.)

²² Jauernig, s.33

²³ Jauernig, s.34, dn:14:İmparatorluk Mahkemesi karara karşı yapılan temyiz başvurusunu, kararın bu hataya dayanmadığı gerekçesiyle redetmiştir. Aynı zamanda ZPO§551 1'in uygulanmasını da redetmiştir. Çünkü kararın verilmesi anında mahkemenin usule aykırı teşekkül etmiş olması mutlak temyiz sebebidir. Rosenberg, bu kararı onaylamıştır. Zira ZPO§551 1, kanuna uygun oluşmuş mahkemenin kararın tefhimi sırasında değil, kararın verilmesi sırasında kurallara aykırı oluşumundan sözlemektedir.

²⁴ DJZ 25, 891

kadar hükmün tefhimi mahkemenin usule aykırı şekilde oluşumundan dolayı hatalı olsa da ²⁵, etkili olduğuna hükmetmişti. İmparatorluk Mahkemesinin burada ortaya konan görüşü demek ki yukarıda²⁶ temsil edilen, hükmü tefhim eden mahkemenin eksik ve buna bağlı olarak kurallara aykırı şekilde teşkil edilmiş olmasının bir hükmün varlığını engellemeyeceği, zira mahkeme ile hakim (heyet) arasındaki ayırım ve bildirilen işlemin mahkemede çalışan hakime değil, mahkemeye aidiyetinin kabulü zorunluluğu olduğu görüşüyle örtüşmektedir.²⁷

İmparatorluk Mahkemesince ortaya konan tek hakim tarafından gerçekleştirilen tefhimin caiz olmadığına ilişkin kararına bu açıdan bakıldığında karşımıza şöyle bir sonuç çıkıyor: İmparatorluk Mahkemesi kurallara aykırı şekilde oluşmuş bir mahkemenin tefhimini kabul etmiş olsaydı tek hakim tarafından gerçekleştirilecek bildirimle etkili bir hüküm oluşmuş olacaktı. Ama Alman Federal Mahkemesi bu yolu seçmedi, belli ki tefhimdeki noksanlığı başka türlü nitelendirdi.

Tek hakim tarafından tefhim edilmiş olunan hükmü yok saymak için iki olasılık bulunmaktadır: ya tek hakimin görev yaptığı „mahkeme“ sadece dava mahkemesi „adına“ karar veren, ama dava mahkemesinden farklı olan bir karar makamı olarak kabul edilir (ZPO’nun §349 III) ya da oluşumu eksik olan bu karar makamının mahkeme özelliğini tanıyacağız. İlk durumda için tek hakim tarafından tefhim edilmiş olunan „hüküm“, „yargılama makamı“ kararlaştırıldığı ve buna bağlı olarak hükmü veren ve tefhim eden mahkemenin kimliği (ayniyeti) eksik olduğu için, hüküm hukuken yok olacaktır ²⁸; ikinci ihtimalde ise „hüküm“ bir mahkeme tarafından tefhim edilmemiş olacak ve bu yüzden dünyaya gelemeyecektir ²⁹.

İmparatorluk Mahkemesinin 1. Temmuz 1939³⁰ tarihli hükmünde sadece birinci ya da ikinci ihtimali değil, her ikisini de aynı anda bir arada kullanmaya karar vermişti.

Yüksek Mahkeme, hükmün tek hakim tarafından tefhim edilmesinin kanunda, hükmün hukuken geçerli olmasını sağlayacak bir bildirim şekli olarak ön görüldüğü

²⁵ Jauernig, s.34

²⁶ Jauernig, s.34, yukarıda § 4 IV 1 b

²⁷ Jauernig, s.34

²⁸ Jauernig, s.34; yukarıda § 4

²⁹ Jauernig, s.34; yukarıda § 4

³⁰ Jauernig, s.34; RGZ 161,61 vd.; Benzer şekilde dn.18’de anılan (Rosenberg, § 20 II 2b, § 30 IV 2, § 56 I 1b, § 73 III 1b, § 75 I 2, § 109 IV 5)

düşüncesinden hareket ediyordu. Hukuki sonuçlar, tıpkı „mahkeme“ önünde tefhim edilenlerle aynı olur.³¹Bu ifadeyle İmparatorluk Mahkemesi dava mahkemesini „heyet“ olarak nitelendiriyor³². Karar makamıyla hakimlerin birbirine eş tutulması göz önünde bulundurulmak gerekir; çünkü ilerde 1. Temmuz 1939³³ tarihli kararlar ilgili yapılacak açıklamalar ancak o zaman anlaşılabilir. Zira söz konusu kararda şöyle denilmektedir: “Bir tefhim usulüne uygun şekilde oluşmuş bir mahkeme huzurunda yapılabileceğine yönelik hukuki düzenleme, kanun yapılırken usulüne uygun şekilde oluşmuş bir mahkemenin dışında başka bir oluşum dikkate alınmadığından tefhimin –gayet tabii- bu mahkemece yapılması gerektiği esasına dayanıyordu. Hükmün tefhiminin üsulüne uygun şekilde oluşmuş mahkeme tarafından değilde başka oluşumlarca gerçekleştirebilme imkanı ilk defa tek hakimlik kurumunun meydana getirilmesiyle mümkün olabilmıştır.” Bu, kapalı açıklama, İmparatorluk Mahkemesinin mahkeme ve heyete ilişkin nitelendirmesi dikkate alındığında hemen açıklık kazanıyor. O zaman İmparatorluk Mahkemesinin görüşü şu şekilde özetlenebilir: Tek hakim kurumu meydana getirilene kadar bir heyetin kararı? sadece heyet tarafından tefhim edilebiliyordu, çünkü sadece heyet bir mahkeme olarak algılanmaktaydı. Oluşumu noksan heyet ve dolayısıyla mahkeme olmayan bir mahkeme tarafından tefhim edilmiş hüküm de yok hüküm olacaktır³⁴. Böylece İmparatorluk Mahkemesinin içtihadının çıkış noktası, mahkeme ile hakimın eşit görülmesine dayanıyordu. Eğer ikisi birbirinden ayrı tutulacaksa³⁵ o zaman oluşumu eksik olan karar makamı da bir mahkeme olabilir ve tek hakim tarafından tefhim olunan hüküm, oluşumu eksik ve usulsüz olan mahkemeye isnad edilebilir bir bildirim olur, ancak şu şartla ki, ZPO’nun §330 ve devamındaki hükümler gereği tek hakimın bildirimi „mahkemeye“ isnad edilebilir olsun. hükmü veren ve tefhim eden mahkeme aynı olmalıdır³⁶.

Bu ayniyet, eğer tarafların ZPO’nun §349 III, §523 a paragrafları çerçevesinde „yargılama makamını davaya ilişkin verilecek kararda dikkate almamalarının ve bunun

³¹ Jauernig, s.34; RGZ 161, 63

³² Jauernig, s.34; Aynı şekilde: dn. 20’de anılan (Rosenberg, § 20 II 2b).

³³ Jauernig, s.34; RGZ 161, 63 Özellikle s.64

³⁴ Jauernig, s.35; Aynı fikirde:dn.22’de anılan Rosenberg, § 56 I 1b: Başkan, usulüne uygun şekilde oluşturulan mahkeme önünde hükmü tefhim etmelidir; bu mahkeme hükmü veren mahkemedir.(GVG § 169) Hüküm, bir başka karar makamı (Spruchabteilung) önünde tefhim edilemez; heyet tarafından verilen hüküm heyetin tek hakimi tarafından, veya ticaret dairesinin kararı sadece başkan tarafından tefhim edilemez. Bu şekilde yapılan tefhim etkisiz olup, hükmü tamamlamaz.

³⁵ Jauernig’in çalışmasında da bu şekildedir.

³⁶ Jauernig, s.36

burada belirtilen şekillerde tek hakim tarafından gerçekleştirilmesine izin vermelerinin ellerinde olduğunu...“³⁷ anlatıyorsa³⁸ II. Yüksek Kurulun Temmuz 1939 tarihli kararını inkar ediyor demektir. Yargılama makamıyla tek hakimin karşı karşıya konulması bütün hüküm boyunca geçiyor ve alıntıladığımız cümlelerin de temelini oluşturuyor. Tek hakim tarafından gerçekleştirilen bir tefhimin hukuki sonuçları, „mahkeme tarafından gerçekleştirilen bir tefhimle“ aynı olacaktır şeklindeki saptama sadece mahkemeyle heyeti nitelemekle kalmıyor, onları(mahkeme ve heyeti) aynı zamanda tek hakimin karşıtı olarak ortaya koyuyor. Biraz da dikkat edilirse, -ortaya konduğu gibi- nitelendirme gereği sadece eksiksiz ve bu anlamda „usulüne uygun“ oluşmuş bir mahkemenin, bütünüyle bir mahkeme olduğu ve İmparatorluk Mahkemesinin „usulüne uygun oluşmuş mahkeme“den dava mahkemesini anladığını görürsek o zaman hükmün daha önce değinilmiş en önemli cümlesini şu şekilde anlamamız gerekir: Hükmün, yargılama makamı dışında başka oluşumlarca tefhim edilebilme imkanı, ilk kez tek hakim kurumunun meydana getirilmesiyle mümkün olmuştur³⁹.

Böylece İmparatorluk Mahkemesi tek hakimi yargılama makamından farklı bir mahkeme olarak değerlendiriyorsa^{40 41}, o zaman onun bakış açısına göre tek hakimin usulsüz tefhimi usule aykırı oluşmuş bir mahkemenin ilanı söz konusu değildir, tam tersine söz konusu olan, karar veren makamdan farklı bir karar makamı olmasına dayanıyordu.

„Hükmü veren“ ve „tefhim eden“ mahkemenin ayniyet özelliğinin eksik olmasından dolayı „hüküm“ hukuken geçersizdir, yani yok hükmündür. Bu şekilde bakılınca, İmparatorluk Mahkemesinin temsil ettiği düşünce, kendi içinde kapalı ve tutarlı görünmektedir.⁴²

³⁷ Jauernig, s.36; RGZ 161, 63

³⁸ Jauernig, s.36

³⁹ Jauernig, s.36

⁴⁰ Jauernig, s. 36; Aynı Şekilde:dn.28’de anılan(Rosenberg, §20 II 2b)

⁴¹ Jauernig, s.36; RGZ 113, 207 (213): İmparatorluk Mahkemesi, tek hakimin hukuk dairesi ve ticret dairesi dışında bağımsız duran bir mahkeme olmadığını açıklamaktadır. 1924 kanun değişikliğinden sonra,Eyalet Mahkemesinde daireler tek başına yargı erkine sahip olmuşlardır; üyeleri sadece onun organ ve yardımcısı olarak çalışırlar.

⁴² Jauernig, s.37

İmparatorluk Mahkemesi kararının, oldukça düşündürücü sonuçlar doğurması ise bir diğer sorundur.

Daha önce ifade edildiği üzere⁴³, İmparatorluk Mahkemesi⁴⁴ ZPO'nun 349 III. Maddesinin uygulama alanında, tarafların ZPO'nun 295. paragrafı gereği tefhimdeki hataları dikkate almama hakkı tanımıştı; böylece yetersizlikler geriye doğru etkili olacak şekilde giderildi⁴⁵ ve hükmün oluşumu tamamlandı. Fakat taraflar vazgeçmeyip tefhimdeki hatalara itiraz edecek olurlarsa bu durumda tefhim edilmiş olunan hatalı “hüküm”de bağımsız bir hukuki mevcudiyet kazanamazdı. Yani “hükmün” bir yok hüküm olarak kalıp kalmayacağı tarafların itirazına ya da içtinaplarına bağlıydı. Onların bu konuda gösterecekleri irade birliği, tek hakimin ilan ettiği “hükmün” karar olarak nitelendirilebilecek bir devlet tasarrufu olarak oluşup oluşamayacağını belirliyor. Bu, münhasıran yargı erkinin mahkemeler aracılığıyla kullanılması ile bağdaşmayan bir sonuçtur⁴⁶. Çünkü tarafların, bununla birlikte, özel şahısların, devlet tasarrufunun oluşumuna katılımlarını amaçlamaktadır; öyle ki onların katkıları olmadan -itirazdan vazgeçme- hakimiyet tasarrufu olan “hüküm” esasen hiç oluşamaz⁴⁷. Bu sebeple Jauernig'e göre İmparatorluk Mahkemesini tuttuğu yol gidilecek yol değildir.⁴⁸

Bununla birlikte bütün sorunun özündeki esas soru çıkıyor karşımıza: İmparatorluk Mahkemesini tatmin etmeyen sonuçlarına gelinceye kadar beklenmek zorunda mı; acaba bunlar “mahkeme”ce “tek hakim”e ilişkin yanlış bir düşüncenin belirtileri mi?

İmparatorluk Mahkemesinin içtihadı iki katlı bir temele oturuyor: birinde dava mahkemesini heyet ile özdeşleştiriyor, diğesinde ise bu dava mahkemesini tek hakimin karşısına bir başka mahkeme olarak çıkarıyor.

Mahkeme ile heyetin eş tutulmasının yanlış olduğu daha önce⁴⁹ kanıtlanmıştı; heyette bir araya gelmiş olan hakimler “mahkeme”nin kendisi değiller ve aynı şekilde de dava mahkemesi tek hakim olarak farklı bir mahkeme değildir. Çünkü zaten tek hakim yalnız başına bir mahkeme olamaz. O, dava mahkemesi olarak yalnızca farklı bir

⁴³ Yukarıda I 1

⁴⁴ Aynı Şekilde: Jauernig, s.37, dn.31'de anılan(Rosenberg, § 56 I 1 b; Baumbach/ Lauterbach, § 310, Bem.2, § 349, Bem. 2A)

⁴⁵ Karş: Jauernig, s.37, dn.32'de anılan (Stein/ Jonas/ Schönke; §295, Bem. IV)

⁴⁶ Jauernig, s.37

⁴⁷ Jauernig, s.37

⁴⁸ Jauernig, s.37

⁴⁹ Jauernig, s.38

oluşumda karar verir ⁵⁰. Yasanın, tek hakimin “heyet (senato) adına” ya da “yargılama makamı adına” karar verebilmesini düzenleyen GVG 75, 105 I, 122 I ve ZPO’nun 349 III Maddeleri hatalı ve mahkemeye (oda, senato) hakim (heyet) arasında ayırım yapılamayacağı esasına dayanmaktadır. Kanun buna rağmen bu istenen ayırımı yapıyor. GVG’nin değinilen maddelerinde genel olarak hukuk dairelerinin, ticaret dairelerine ve üst mahkemedeki dairelerin oluşumundan bahsedilmekte ve kanun heyet oluşumunun yanına tek hakimli oluşumu da koymaktadır ⁵¹. ZPO’nun, tek hakimin “eksiksiz oluşmuş dava mahkemesi adına” karar verebilmesine izin veren 349 III paragrafının da buna uygun şekilde düzeltilmesi gerekir ⁵².

ZPO’nun 350 II paragrafı, mahkemenin toplu ve tek hakimli oluşumlardaki ayniyetinden, eksiksiz oluşmuş dava mahkemesinin kararlarına tanıdığı iptali, tek hakimin kararlarının iptaline de tanıyabileceği sonucuna varıyor.

Dava mahkemesinin kimliği bu şekilde kesinleştiğine göre bir heyet ya da tek hakim tarafından oluşuyor olmasının bir önemi yoktur, neticede sorunumuzun çözümüne yönelik ilk adım atılmış oldu. Fakat ayniyetin, tek hakimin, yetkisiz olarak heyet adına tasarrufla bulunduğu özellikle hükmü tefhim ettiği durumlarda da oluşup oluşmadığına ilişkin esas sorumuz hala bir cevap bekliyor. Tek hakim burada da dava mahkemesi olarak çalışabilir mi ya da “tefhim eden mahkeme”deki bir eksiklikten dolayı “hükmü veren mahkeme”yle özdeşlik ortadan kalkıyor mu?⁵³

Burada, mahkeme ve hakim arasında daha önce⁵⁴ geliştirilmiş olunan ayırım, doğruluğunu daha önce birçok meselede uygulandığı gibi kanıtlayacaktır: tek hakimin, yetkisi olmadığı halde “heyet adına” faaliyette bulunarak, heyetin kararlaştırdığı bir hükmü tefhim edecek olması durumunda karar buna rağmen mahkemeden çıkar. Hakimler heyetinin değil, sadece tek bir hakimin tasarrufla bulunması, karar makamının mahkeme özelliğini ortadan kaldırmaz, sadece mahkemenin oluşumuna ilişkin kurallar ihlal edilmiş olur. Bu noksanlık –İmparatorluk Mahkemesi⁵⁵ de bunu bu şekilde ele alıyor- hükmün oluşmasını engellemez. Bu sebeple tek hakimin tefhimi bir hükmün

⁵⁰ Jauernig, s.38

⁵¹ Jauernig, s.38

⁵² Jauernig, s.38

⁵³ Jauernig, s.39

⁵⁴ Bkz: Yukarıda §4 I 1 ve 2b

⁵⁵ DJZ 25, 891

oluşmasını sağlayabilir, usul kanunundaki kurallar gereği faaliyette bulunmasına izin verilip verilmemiş olmasının bir önemi yoktur. Tek hakimın karar verme yetkisi olmasa dahi, hükmün oluşabilmesi için, tarafların itirazlarından vazgeçmelerine ihtiyaç yoktur⁵⁶.

Vukubulan usul hatası, usuli eksiklik, istinaf sebebi oluşturmaz. Çünkü, usul hatası, ilk derece mahkemesinin yargılamasını esaslı ölçüde zedelememiştir, etkilememiştir⁵⁷. Hataya rağmen, ilk derece mahkemesinin yargılaması usule uygun bir karar temeli oluşturmaktadır⁵⁸. Ne hükmün tefhimi ne de onu takip eden (einzuschlagende) prosedür, usule uygun karar temeli oluşturulmasına hizmet etmez. Usulüne uygun karar temelleri,sözlü yargılamaya dayalı olarak belirlenen karar içeriğinin, bir müstakil hukuki varlığını karar olarak ortaya çıkmasına yardımcı olmaktadır; işlevi bu şekilde tamamlanmaktadır.Demek ki istinaf sebebi oluşturabilecek hiçbir esaslı yargılama hatası mevcut olmamaktadır⁵⁹

Tefhim hatası, temyiz sebebi oluşturmaz. ZPO §551 anlamında mutlak temyiz sebebi oluşmamaktadır; zira hükmü veren mahkeme, hükmü verirken heyet halindedir ve buna göre usulüne uygun teşkil edilmiş durumdadır.⁶⁰ZPO § 549'a göre temyiz sebebi oluşmamaktadır. Çünkü, istinaf mahkemesinin bu hatanın olmaması halinde farklı bir hükme varma imkanı da mevcut değildir⁶¹.Usulüne uygun şekilde oluşmuş mahkemenin kararı, tefhimdeki hata sebebiyle etkilenmez. Çünkü tefhimdeki hata, hükmün verilmesinden zaman itibariyle sonra oluşur ve hukuka aykırılık ile karar içeriği arasındaki gerekli olan,düşünülebilecek illiyet bağı eksik kalmaktadır.Bu yüzden, bu yargılama hatası temyiz sebebi oluşturmamaktadır⁶².

⁵⁶ Jauernig, s.39

⁵⁷ Jauernig, s. 39,dn.45'de anılan(Rosenberg, § 138 III 1b, §73 II 3a, III 1b)

⁵⁸ Jauernig,s.40,dn.46: Ancak ilk derecedeki yargılama bunun için uygun,elverişli değil ise,istinaf gerekçelendirilebilir.Karş:Jauernig, s.40,dn46'da anılan Baumbach-Lauterbach §539,Bem.1B,Rosenberg,§138 III 1b,RGZ 103, 111(112)

⁵⁹ Jauernig, s.40; Rosenberg, § 73 III 1b : Rosenberg'e göre,hatalı tefhim sonuçsuz kalmaktadır.Bu açıklama sadece tarafların eksikliğin önemsenmesinden feragat etmeleri durumunda söz konusu olmaktadır.Çünkü aksi takdirde Rosenberg'e göre bir hüküm oluşmamaktadır.Eğer taraflar feragat ederse,eksiklik giderilmiştir.Jauernig'e göre Rosenberg'in bu durumda hatalı tefhimden bahsetmesi doğru değildir.

⁶⁰ Karş:DJZ 25, 891

⁶¹ Aynı sebepten dolayı ZPO §579 I 1 anlamında butlan sebebi de (Nichtigkeit Grund) mevcut değildir.

⁶² Jauernig, s.40

Yukarıda I deki açıklamalardan elde edilen esastan yola çıkarsak; heyet tarafından dava mahkemesi oluşmuş halde iken, bir karar vermesi mecburiyeti var iken, tek hakimden oluşan mahkemenin bir karar vermiş ve açıklamış olduğu olaydaki problemin hızla çözümüne imkan verilecektir⁶³. Burada mahkeme sadece tefhimde değil hüküm verilirken de usulüne aykırı şekilde oluşmuştur. Bu yüzden hükme, izin verilen kanun yollarıyla itiraz edilebilir, özellikle ZPO'nun 551 Nr. 1. gereği „hükümü veren mahkeme“nin hatalı oluşumu temyiz için gerekli sebebi oluşturmuştur⁶⁴.

Fakat mahkemenin oluşumundaki noksanlık, ZPO§ 295 gereği tarafların itirazlarından vazgeçmeleriyle düzeltilebilir, giderilebilir. Bununla birlikte, kural olarak mahkemenin oluşumundaki noksanlıkların tarafların itirazdan vazgeçerek düzeltmeye çalışmaları yolu kapatılmıştır. Zira kanun normal durumlarda usulüne uygun oluşmuş mahkemenin sadece bir şeklini tanımaktadır ve taraflara itirazlardan vazgeçme yoluyla kamu yararı düşüncesiyle oluşturulmuş Mahkeme Teşkilatı Kanunu hükümlerine etki etmelerini yasaklamıştır. Eğer bir feragat kabule şayan olmuş olsaydı; usulüne aykırı bir şekilde oluşmuş bir mahkeme, usulüne göre oluşmuş bir mahkeme sayılırdı. Bu durumda da herhangi bir şeklin usulüne göre oluşumunu sağlamak tarafların elinde olurdu; mahkemenin usulüne uygun şekilde oluşumu mahkeme teşkilatı kurallarına değil onların kararlarına bağlı olurdu⁶⁵.

Bir mahkemenin kanuni yollarla usulüne uygun olarak iki farklı şekilde oluşabilme imkanı tek hakimliğin hayata geçirilmesiyle sağlanmıştır. Yargılama makamı, hüküm verilirken, elbette sadece ZPO'nun 349 III, 523 a çerçevesinde, usulüne uygun olarak tek hakim tarafından oluşur, yani sadece tarafların onayı varsa ve birinci derecede hüküm, mamelek hakkıyla ilgili bir davayı karara bağlıyorsa⁶⁶. Tarafların onayı eksikse o zaman tek hakimin bulunduğu mahkemenin oluşumu da hatalıdır. Taraflar da, bu yargılama ihlalinin feragat ediyorlarsa, o zaman mahkeme geriye doğru etkili olmak üzere usulüne uygun şekilde oluşmuş olarak görülmelidir. Fakat bu yolla –kural durumların aksine- kanunda tanımlanmayan usulüne uygun bir oluşum meydana getiriliyor; çünkü tek hakim tarafından oluşturulan mahkeme ZPO'nun uygulama alanında bir mahkemenin oluşumuyla ilgili 349§ III hükümlere de uygundur.

⁶³ Jauernig, s.41

⁶⁴ Jauernig, s.41

⁶⁵ Jauernig, s.41

⁶⁶ Jauernig, s.41

Bundan dolayı itirazdan vazgeçme hakkı burada Mahkemeler Teşkilatı Kanunu hükümlerine müdahale etmemektedir. Bu nedenle hukuken kabul edilebilir ⁶⁷.

Sonuç olarak, gerek bir heyet tarafından kararlaştırılarak verilmiş bir hükmün hatalı tefhimi gerekse tek hakim tarafından „aşılmış karar verme yetkisi“ tek bir (yeknesak) bakış açısıyla ele alınmaları gerektiği tespit edilmektedir. Diğer bir deyişle, aynı mülahazalar geçerli olacaktır. Tek hakimin mahkemeyi, doğrudan doğruya başka bir oluşumla temsil etmesi ve usule aykırı oluşmuş hakim heyeti, tek hakimli yargılama makamının mahkeme özelliğini, mahkemenin kalitesini ortadan kaldıramayacağı yukarıda I 4.’te açıklanan temel esaslardır. Bundan dolayı heyet yerine tek hakim tarafından tefhim edilmiş hüküm, heyet yerine tek hakim tarafından verilmiş ve bildirilmiş hüküm olarak algılanabilecek (Urteilsmaßig) devlet işlemi , mahkemeye aynı ölçüde isnad edilebilir; sadece her iki durumda da mahkeme, kuralların öngördüğü şekilde teşkil edilmemiş olmaktadır⁶⁸.

⁶⁷ Jauernig, s.42

⁶⁸ Jauernig, s.42

§ 6 Bir „Hükmün“ Aidiyeti Oluşturabilecek Şekilde Bildirilmesi(Esaslı ve Esaslı Olmayan Bildirim Kuralları)

Buraya kadar olan incelememiz özellikle, bir hükmün kim tarafından verilebileceği ve somut bir hukuki uyuşmazlığın hüküm olarak algılanabilecek bir kararının kimden çıkması gerektiğiyle ilgiliydi. Bu noktada ZPO§ 330 ve devamındaki paragraflar anlamında mahkemeyi aidiyetin sujesi olarak tanımladık ve belirli şahıslarca fiilen ilan olunmuş tasarrufun ona hüküm olarak isnad edilebilir olup olmadığını tespit etmeye çalıştık. Yani açıklamamızın konusu, söz konusu olan tasarrufun mahkemenin bir hükmü olarak görülebilmesi için kimin tarafından bildirilmesi gerektiği idi. Bununla birlikte fiilen bildirilen bir tasarrufun (aidiyeğin nesnesi) hüküm olarak oluşup mahkemeye isnad edilebilir olması için bildirinin nasıl gerçekleşmesi gerektiği sorusunu ortaya atmıştık. Kanun bu konu için iki yol sunmuştu: ZPO§ 310 I gereğince hüküm fıkrasının tefhimi ve § 310 II gereğince hüküm fıkrasının tebliği. Hükümler, sadece bu iki yola uyulmasıyla isnad edilebilir olacak şekilde duyurulabilir ¹.

Hüküm, bir kez olsun fiilen bildirilmediyse, o zaman var olması da söz konusu değildir; çünkü her türlü devlet tasarrufu -buna hüküm de dahildir- için o alanda görev yapan devlet organından, yani bu durumda mahkemeden, çıkması gerekir ². Bundan dolayı esasen hiç bildirilmeyen, ve böylelikle „tefhim olunmamış“ ya da „tebliğ edilmemiş hüküm“ hukuken yoktur(Nichts). Her türden fiili bildirim eksikse, tıpkı dosyalarda kalan hüküm tasarısı gibi, o zaman burada geliştirdiğimiz yok hüküm öğretisine ³ göre bu durumdan yok hüküm diye söz etmek yararsız olur. **Teorik ve pratik açıdan önemli olan, ilan edilmiş olmaları sayesinde sözde oluşmuş hüküm görüntüsü veren yok hükümlerdir. Fakat bu tür hükümlerin aidiyetleri mevcut olmadığından yok ya da görünürde hüküm** olarak anılmaktadırlar.

Aidiyeti oluşturacak bir bildirimin sadece hüküm fıkrasının tefhimi ya da tebliği yoluyla gerçekleşebileceği daha önce burada dile getirilmişti. Kanun, her iki duyuru şekli için çeşitli hükümler içermektedir. Buna göre tefhim doğrudan sözlü yargılamanın bitiminde ya da özel olarak belirlenen bir duruşmada(Termin) hüküm fıkrasının okunmasıyla gerçekleşmelidir. Şimdi, bir hükmün duyurulmasına ilişkin bu

¹ Jauernig, s.42; bkz: §4

² Jauernig, s.43; bkz:§ 4

³ Jauernig, s.43; bkz: § 2

çeşitli kurallardan sadece birine uyulmaması halinde, bu durum bir daha asla bir „tefhim“den, bir „hüküm fıkrasının tebliğ edilmesi“nden ve böylelikle de bir ilanın isnad edilebilirliğinden bir daha hiç söz edilmemesi sonucunu sağlayabilir mi? İmparatorluk mahkemesi bu soruya müspet cevap vermiştir. İmparatorluk Mahkemesinin görüşüne göre, herhangi bir tefhim ya da tebliğ kuralının dikkate alınmaması sonucu; şeklen kusurlu „tefhim“in ya da „tebliğ edilme“nin, hiç bir şekilde tefhim ya da tebliğ edilme olmadıklarından, hüküm de oluşturamayacak olmalarıydı. İmparatorluk Mahkemesinin kararındaki –isabetli- düşüncenin temelinde, bütün tefhim ve tebliğ edilmeye ilgili hükümlerin amir, emredici ve bu noktada da aynı türden oldukları gerçeği yatıyordu ⁴.

İmparatorluk Mahkemesi, bu türdeşliğe istinaden münferit kanun hükümlerinin geçerliliğinden şu sonucu çıkardı: Bunların ihlalleri aynı sonuçları doğurmalıdır; hükmün bildirilmesine ilişkin hükümlerde, önemli ve önemsiz hükümler arasında bir ayırım yaparak sadece bazılarının amir, emredici olduklarını açıklamak mümkün değildir ⁵.

İmparatorluk Mahkemesinin görüşü, bir kuralın emredici niteliği hakkındaki hatalı düşüncesine dayanmaktadır. **Bu düşünce, tarafların iradesine riayet edilmeden kuralın geçerli olduğudur, yani kuralın uygulanabilirliği tarafların sözleşmesiyle engellenemez** ⁶. Böylece kaidenin emredici niteliği sadece kuralın uygulanmasına dayanıyor, kuralın yerine getirilmesi ya da ihlal edilmesiyle oluşan hukuki sonuçlara değil. Bu bilgi, emredici kuralın kendi ihlaline ne sonuç vereceğini tespit edene kadar geçerlidir, takip edilecektir. Bu bilgide, hüküm fıkrasının tefhimi ve tebliği ile ilgili kurallar eksik kalmaktadır. Bu durum, İmparatorluk Mahkemesinin, kanundaki boşluğu, ihlal edilen kuralları, bu kuralların emredici karakteri yardımıyla kapatmaya çalışmasını anlaşılır kılmaktadır ⁷. Fakat kanunun bu konudaki sessizliği de bu uygulamayı geçerli görmek istemediğini gösteriyor; çünkü bildirime ilişkin kuralların uygulanmasına yönelik zorlayıcılık, kendisinin uygulanmayarak ihlal edilmesi durumunda zorunlu olarak, emredici olarak bir takım sonuçların doğabileceğini söylememektedir ⁸. İşte

⁴ Jauernig, s.43; RGZ 133,215 (218)

⁵ Jauernig, s.43; RGZ 133, 118 (120)

⁶ Jauernig, s.43; Lehmann, Allgemeiner Teil, s.32

⁷ Jauernig,s.44

⁸ Jauernig,s. 44,dn.8: Bu husus çoğu zaman atlanmaktadır.

İmparatorluk Mahkemesi de, söz konusu olan zorlayıcı karakterli kurallardan, ihlal edilmelerinin bütün kurallardaki zorlayıcı gücün türdeşliği sebebiyle etkileri olması gerektiği talebindeki tasavvurundan yola çıkıyor. Emredici –ve bu anlamda aynı türdeki- hukuk kaidelerinin ihlalinin hukuki sonuçlar doğurabilip doğuramayacağı ve bunun hangi şekilde gerçekleşeceği türdeşlik ile ilgili bir sorun değildir. Bu durum daha ziyade ya ihlal edilen kuralın zaten içeriğinde bulunan ⁹ ya da kanundaki düzenlemesinden ya da hukuk düzeninden çıkarılması gereken hukuki değerlendirilmelerinin bir sorunudur.

Bununla birlikte çeşitli normların ihlalinin çeşitli sonuçlar meydana getirdiği de anlaşılmıştır; bir normun ihlali bir hükmün oluşmasını engelleyebilirken, başka bir normun ihlali de hiçbir sonuç doğurmayacaktır.

Bu şekilde, daha önce¹⁰ bir hükmün „tefhim“ yoluyla mı ya da „hüküm fıkrasının tebliği“ yoluyla mı oluştuğu sorusunun hukuki bir değerlendirme sorunu olduğu onaylanmış oldu. Bu bilgiyle İmparatorluk Mahkemesinin „önemli ve önemsiz kurallar arasındaki ayırımı reddeden değer düşmanı şematizm içtihadı aşılmış oldu. Federal Alman Yargıtay’ın hukuk işleri yüksek kurulunun 14 Haziran 1954 ¹¹ tarihli kararı, İmparatorluk Mahkemesinin ¹² katı içtihadını kırmıştır. Bir hükmün oluşmasını bir değerlendirme sorunu, bir aidiyet sorunu olarak görebilmiş olması da bir kazanç olarak kabul edilmelidir ¹³.

Bir bildirimin aidiyeti bakış açısıyla, bildirimle ilişkin çok sayıdaki hukuk kuralları arasında önemli ve önemsiz kurallar ayırımı yapılabilir ve yapılmalıdır da. „Önemli“ kurallar, ihlal edildiklerinde yok hüküm sonucuna yol açan kurallardır. Zira bildirilen tasarruf mahkemeye isnad edilemeyecektir. „Önemsiz“ kurallar ise „kanunen tanımlanmış biçimleri“ korumak için kendilerine uyulma zorunluluğu bulunmayanlardır

⁹ Jauernig, s.44,dn.9: Bu özellikle medeni usul hukuku ile ilgili SOLL-VORSCHRIFTEN için geçerlidir. Bunlar usul hukuku kuralı olarak genellikle emredici kurallardır. Ancak kanunda soll ifadesi kullanılarak, mahkeme tarafından ihlal edildiği takdirde, mahkemenin bu işleminin edilemeyeceği ve tarafların eylemi ile geçersiz kılınamayacağı ifade edilmektedir.

¹⁰ Jauernig, s.45; bkz:§4

¹¹ Jauernig, s.45; BGHZ 14,39 vd.=NJW 1954,1281 vd.

¹² Jauernig,s. 45, Bunun nedenlerine ve usul hukuku bağlantısına daha sonra değinilecektir.

¹³ Jauernig, s.45; Karş; BGHZ 15,142(144)

¹⁴. Bu son dile getirilen kurallara önemsiz şekli kaideler ve özellikle sadece tefhim ve tebliğin koşullarıyla ilgilenen kurallar dahildir ¹⁵.

Bir hükmün bildirilmesine ilişkin çeşitli kurallardan hangisinin önemli(esaslı) hangisinin önemsiz(esaslı olmayan) olduğu somut olaydaki değerlendirmeye bağlıdır. Federal Alman Mahkemesi ¹⁶ bu sebeple isabetli olarak bir hükmün oluşmasını engelleyen ya da engellemeyen bütün bildirim noksanlıklarıyla ilgili baştan itibaren genel bir formülün açıklanamayacağını ifade etmişti.

Bu açıklamanın kapsamlı anlamı ve buna bağlı olarak İmparatorluk Mahkemesi içtihadı karşısındaki gelişmişliği, eğer İmparatorluk Mahkemesinin bu yargılama hukukuna ilişkin münferit sorusuna dair görüşü usul hukukuna dayanan genel tasavvuru altında ele alınırsa açıklık kazanacaktır. Bu deneme bize, İmparatorluk Mahkemesinin bu soruna ilişkin düşüncesini, yargılamayla ilgili çağın ruhundan hareketle anlamamızı ve değerlendirmemizi sağlayacaktır.

İmparatorluk Mahkemesinin bugün açıkça anlaşılan çıkış noktası; hükmün, ilk kez tefhimi sayesinde, vasıtasıyla oluşabileceğini kabul etmesidir.¹⁷ Bu temel üzerinden de usulsüz tefhim edilmiş her hükmün yok hüküm olacağı görüşü geliyordu. İmparatorluk Mahkemesi, her türlü hukuken geçersiz olma durumuna karşı, var olan bir hüküm¹⁸ için geçerli olan kanun yolunu açık tutarak, olabildiğince geniş kapsamda alt mahkemelerin tefhim kuralları ilgili takdirlerini kontrol edebilme yolunu açmış oldu. Bu uğraş ancak, İmparatorluk Mahkemesinin kararlarında bütün bildirim ile ilgili kurallara ne gibi üstünlükler tanınmış olduğu dikkate alınırsa anlaşılabilir. Bunlara yönelik her türlü ihlal yok hükümle sonuçlanıyor ve neticede pratik olarak mutlak bir temyiz sebebi oluşturuyor; zira gayet tabii yok hüküm söz konusu noksanlığa dayanmaktaydı. Bu şekilde İmparatorluk Mahkemesi, birinci derece mahkemelerinin bütün bildirim kuralları ile ilgili takdirlerini etkileyebilmek için kendisini temyiz mahkemesi yerine koymuş oldu. –Bugün Federal Alman Mahkemesi’nin ¹⁹yaptığı gibi- hükmün bildirilmesinin şekli ve şartları arasında ayırım yapmış olsaydı ve sadece esaslı şekil

¹⁴ Jauernig, s.45; Karş: BGHZ 14,39 (45)

¹⁵ Jauernig, s.45; Karş: BGHZ 14, 39(46);dn. 15’de anılan(Stein/ Jonas/ Schönke;§ 310 I 3a)

¹⁶ Jauernig, s.45; Karş: BGHZ 14, 39(45)

¹⁷ Jauernig, s.46,dn.17:Hüküm fıkrasının tebliği daha sonra eklenmiştir.

¹⁸ Jauernig, s.46,dn.18: Çünkü istinafin caiz olması(ve temyiz)için bir hükmün dış görünüşü yeterlidir.

¹⁹ Jauernig, s.46; BGHZ 14, 39(44 vd.); 15, 142 (144 vd.); 17,118(122)

kurallarının ihlalini yok hüküm olarak değerlendirseydi, o zaman pratik olarak bildirimde en çok ortaya çıkan noksanlıklar –hüküm duyurulurken²⁰ temel kurallara uyulmaması ya da esaslı olmayan şekil kurallarının dikkate alınmaması- denetiminden muaf olurdu. Öyle görünüyor ki, İmparatorluk Mahkemesinin içtihadının amacı, temyiz mahkemesi olarak egemenlik alanını genişletmektir.²¹

Fakat bu bakış açısı kesin bir açıklama getirmemektedir. Çünkü İmparatorluk Mahkemesi dikkat çekici bir şekilde ceza işlerindeki temyiz mahkemesi olarak karşıt görüşte yerini aldı, yani düşünüldüğü şekilde önemli ile önemsiz kurallar arasında ya da –RGSt’nin 71, 377 (380) ifade edildiği gibi- tefhim kavramına ait olan ile, sadece şeklen beklenen istenilen husus arasında ayırım yapmıştır. Bu bakımdan hukuk daireleri içtihadlarının hatalı tefhim edilmiş hukuk mahkemesi kararının bir başka değerlendirmesine dayanıyor olması kuvvetli bir ihtimaldir, daha yakın durmaktadır. Gerçekte olan budur. Gerçi hükmün –hukuk mahkemesi hükmü dahil- bir devlet tasarrufu olduğu evvelce vurgulanmıştı. Fakat bu görüşün pratik uygulanabilirliği kötü düzenlenmişti. Bunun sebebi, İmparatorluk Mahkemesince uzun yıllar boyu temsil edilmiş olunan ve birçok kararda da ifadesini bulan davanın, yargılamanın özel hukuka ilişkin olduğu görüşüdür. Buna bazı örnekler:

Devlet tasarrufu olan „hükmün“ menkul mallarda haciz alanındaki uygulanışı iki açıdan medeni hukuka ilişkin bakış açısıyla değerlendirildi: icra memuru ile alacaklı arasındaki ilişki İmparatorluk Mahkemesinin²² görüşüne göre maddi hukuk itibarıyla vekalet kurallarına bağlıydı. İchtihad²³ ve hakim öğreti²⁴ tutarlı olarak haczin önemli etkilerini bir medeni hukuka ilişkin rehin hakkında(haciz rehin hakkı)²⁵ gördüler. Bu, takip edilen alacak mevcut olmadığında, rehin hakkının bağımlılığından dolayı haciz hukuken geçersiz oluyordu, buna bağlı olarak haczedilmiş nesnenin paraya çevrilmesi de hukuken geçersiz oluyordu. Demek ki, yapılacak icranın etkisi maddi bir talebin bulunmasına bağlıdır.

²⁰ Jauernig, s. 46, dn.20: Tefhim gününün bildirilmemesi gibi. Karş: BGHZ 14,39(49)

²¹ Jauernig, s.46

²² Jauernig,s. 47; RGZ 16, 396(400 vd.); 17, 332(333); 20, 388(389)

²³ Jauernig, s. 47; Karş: RGZ 61, 330 (333); 104, 300(302)

²⁴ Jauernig, s.47, dn. 24’de anılan (Lent,ZV,s.44vd.;Oertmann, AcP 96, 1 (19); Lüke, JZ 57,240)

²⁵ Jauernig, s.48,İki konu arasındaki bağlantı için karş: RGZ 16, 395(397)

Bundan dolayı, özel hukuka ilişkin görüşten yola çıkılarak hatalı bir eda hükmünün (Leistungsurteil) esas itibarıyla etkili olacak şekilde yerine getirilmesi kabul edilemez. Doktrin ve yargısal kararlar bu sonuçtan, suni bir müdahale ile, maddi anlamdaki kesin hüküm teorisiyle kurtuldular: talebin bulunmadığı durumlarda bu, hükmün kesinliği icra için temel alınmaktaydı ²⁶. Mahkemenin karar talebi (**Judikatsforderung**) denilen şey aynı zamanda cebri icra ile elde edilen şeyin nedenini de teşkil etmektedir ve buna bağlı olarak rücu edilebilirliğini imkansız hale getirecektir ²⁷.

Maddi hukuka ilişkin talep o zamanki hakim olan görüşe göre- tarafların tasarrufuna bağlıydı. Karar da kesin hüküm etkisi²⁸ yaratamamış, yani hukuk yaratmayacaktır ²⁹. İmparatorluk Mahkemesinin 6.10.1897 (RGZ 39, 142 vd.) tarihli kararında tefeciler yüzünden bir hüküm talebini hukuken geçersiz saymıştır ³⁰. Bu görüşün doğurduğu sonuç şu olmuştur: Mahkeme kararı talebi (**Judikatsforderung**), sözleşmeden doğan talebin oluşmasından sadece şu şekilde ayırt edilebilir: Taraflar hakkı, hukuku kendileri yaratmamakta, bunun için mahkemeyi kullanmaktadırlar. Kaybeden tarafın sorumluluk altına girmesi mahkeme kararı talebi (**Judikatsforderung**) ile olmaktadır. **Mahkeme kararı talebini** maddi hukuka ilişkin talep olarak değerlendirirsek, o zaman kararda devletin bir eda emrini görmemiz mümkün değildir.

Hüküm talebinin maddi hukuka dayalı talep olarak değerlendirilmesi ise, bu hükümde devletçe belirlenmiş bir ifa emri olarak görülmesini imkansız kılıyor. Böylece hüküm asıl karakteri olan devlet tasarrufu özelliğinden arındırılmış ve hükmün oluşumunun kendisini de „özel hukuk konusu olarak“ görmenin yolu açılmıştı, yani şekle bağlı hukuk işlemlerinin oluşumu için gerekli olan uygun ölçülerin değerlendirilmesi yolu tekrar açılmıştır.

Kanunda ön görülen bir şekil şartı noksan olan bir hukuk işlemi, Alman Medeni Kanununun 125. maddesi gereği yoktur. Buradan bir takım önemli esaslar çıkıyor:

²⁶ Jauernig, s.48, dn.26: Bu doğal olarak sadece maddi anlamda kesinleşmiş kararlar için geçerlidir. Bu hükmün icrası, ZPO § 704 I'den anlaşıldığı kadarıyla kuraldır. ZPO § 704 I'de şekli anlamda kesin hükümden bahsedildiği gözönüne alınmaktadır.

²⁷ Jauernig, s. 48; RGZ 46, 75 (77vd.)

²⁸ Jauernig, s. 48; Bu hüküm talebidir.

²⁹ Jauernig, s. 48; RGZ 61, 359(365); RGZ 36, 249; 39, 142

³⁰ Jauernig, s.48; Karş: RGZ 61, 359 (365)

Taraflar kanunen emredilen şekil ile ilgili kuralların uygulanmasını engelleyemezler, çünkü aksi halde Alman Medeni Kanununun 125 maddesi pratik olarak hayal olur. Şekil kurallarının ihlalinin düzenlenmiş hukuki sonucu olan yokluk, bu kuralların emredici karakterine ulaşmamızı mümkün kılıyor³¹. Bu şekilde bir normun emredici karakteri ile, ihlali durumunda kanunen düzenlenmiş sonuçları arasında dikkate değer bir bağlantı ortaya çıkıyor: bununla birlikte dikkat edilmelidir ki burada kanunen belirlenmiş ihlal sonuçları normun kesin geçerliliğine bağlı olduğuna işaret eder, tersi söz konusu değildir.

Alman Medeni Kanunun 125 paragrafı, önemli ve önemsiz şekil kuralları ayırımına bakılmaksızın, bir işlemin kanunda ön görülen şekillerden dolayı noksan olup olmadığı ile ilgilenmektedir. Buradan geriye dönük olarak söz konusu olan şekil normlarının emredici nitelikte olduğu ve ihlalinin daima işlemin hukuken geçersizliği sonucunu doğuracağı neticesi çıkarılabilir.

Bunları, medeni hukukun –şekle bağlı- bir hükmün verilmesiyle ilgili düşünce silsilesine aktaracak olursak şöyle bir tablo oluşuyor. Bildirim ile ilgili bütün normlar emredicidir. Kanun, bu kuralların ihlalinin doğacak sonuçlara ilişkin hiçbir şey söylememektedir. Bu sebeple İmparatorluk Mahkemesi, karakterinde emredicilik bulunan bir kuralın dikkate alınmama durumunun çıkabileceği ihtimalini kabul ediyordu. Tıpkı medeni hukukta olduğunun tersine, ihlal sonucundan şekil kurallarının emredici tabiatına gönderme yapılmış olduğu gibi. Buradaki yanlışlık daha önce açıklanmıştı³². Fakat İmparatorluk Mahkemesiyle aynı yol gidilecekse, o zaman bütün bildirim normlarının emredici niteliği gereği, hükmün tefhimi ya da tebliğ sırasındaki her türlü şekli hatasının hükmün oluşumunu engellemesi gerekir. Bu noktada, özel hukukta olduğu gibi önemli ve önemsiz normlar arasında bir ayırım pek de mümkün değildir.

Buna göre sonuç, bir özel hukuk işleminin gerektirdiği hususlardaki eksiklik ile bir devlet tasarrufunun gerektirdiği hususlardaki noksanlığı aynı derecede değerlendirmek olmuştur.

³¹ Jauernig, s.49; Bernhardt, Beiträge,s.21: Kanuni şeklin korunması sadece özel yararın değil,kamu yararınadır, ve emredici niteliği bununla açıklanabilir.

³² Bkz: Jauernig, s.43; yukarıda § 6 II 2

Modern usul kanunları bu eşitlemeden vazgeçtiler³³ Zaten bu sebeple Federal Alman Mahkemesi³⁴ Hukuk Yüksek Kurulu, İmparatorluk Mahkemesinin kararını isabetli bir şekilde, ZPO'un temel düşüncesi ile çelişki oluşturduğu nedeniyle reddetti; bir hükmün düzeltilemez butlanın (*actio nullitatis*) genel yargılama hukukunun bilinçli görevi şeklinde kabul gören kurumu, ağır ihlal durumlarında kararı geçersiz değil, bunun yerine sadece itiraz edilebilir ve kaldırılabilir“ olarak açıkladı³⁵, ki bunun mutlak temyiz sebepleri ile (ZPO § 551) ve butlan davasıyla(Nichtigkeitsklage) ilgili kurallara bakıldığında kanıtlandığını görüyoruz.(ZPO § 579)

ZPO § 579' da belirtilen diğer veya daha hafif hatalar butlan davasını dahi gerekçelendiremiyor³⁶. Hüküm kusurlarının dikkate alınmasındaki derecelendirmenin sebebi de, bir hükmün varlığını hukuk barışı ve hukuk güvenliği yararına olabildiğince korumaktır³⁷. Bu temel düşünce, hatalı bir bildirimin hükmün oluşumunu engelleyip engellemediği konusunda da dikkate alınmalıdır. Önemli şekil gerekliliklerinin dikkate alınmaması tebliğ edilen hükmün isnat edilebilirliği karşısında durur, ki –Federal Alman Mahkemesin³⁸ -dil ifadelerinde- „hukuki anlamda bir bildiriden“ söz etmek mümkün olmaz. Hüküm bildirisiyle ilgili koşullar önemsiz şekil gereklilikleri dikkate alınmazsa „yasal şekli tipler“³⁹ korunmuş olur ve hükmün kusurlu tefhimi ya da tebliğine rağmen bir hüküm oluşur. Bu şekilde (hukuk mahkemesi) kararı ve yok hüküm devlet tasarrufunun var olması ya da olmaması –ve özel hukuk işi- bağlamında ele alınmalıdır⁴⁰. Hukuk mahkemesi kararı gerçekten bir devlet tasarrufu olarak ele alınırsa, İmparatorluk Mahkemesinin, medeni usul hukukunu özel hukuk sayan ve birçok konuda hüküm kusurlarının dikkate alınması meselesinde yaklaşımı olan hukuk mahkemesi ve ceza mahkemesi kararının farklı değerlendirmesi de ortadan kalkmaktadır⁴¹.

Federal Mahkeme'nin Hukuk Yüksek Kurulu'nun 14 Haziran 1954'te aldığı karar, hukuk mahkemelerinin kararını ve böylece medeni usul hukukunu da günümüze

³³ Jauernig, s. 50; Hellwig, System, I, § 174 IV ; Karş: BGHZ 14, 39 (49vd.)

³⁴ Jauernig, s. 50; BGHZ 14, 39, (49 vd.)

³⁵ Jauernig, s. 50; Hellwig, System, I, § 174 IV

³⁶ Jauernig, s. 50; Rosenberg, § 73 II 2, RGZ 121, 197(198)

³⁷ Jauernig, s.50; karş: BGHZ 14, 39 (49 vd.)

³⁸ Jauernig, s. 50; BGHZ 14, 39 (46)

³⁹ Jauernig, s. 50; BGHZ 14, 39 (45)

⁴⁰ Jauernig, s.50; Karş: Hellwig, System, I, § 174 IV

⁴¹ Jauernig, s.50, dn.41: İmparatorluk Mahkemesi Hukuk Dairesi, hukuk mahkemesi kararının geçerliliğini medeni hukuk konusu olarak değerlendirirken, Ceza Dairesi ceza hükmünü devlet işlemi olarak görmüş ve geçerliliğini medeni hukuk bağlamında değerlendirmemiştir.

kadar gelen düşünce prangalarından kurtulmasını sağlayarak hedefe doğru yakınlaştıran büyük bir adım olarak değerlendirilebilir. bunu maddi hukuktan esinlenen şekil hatalarının yerine, münferit bildirim kurallarının hükme uygun değerlendirmesini koyarak sağlıyor⁴².

Şu ya da bu kuralın ihlal edilmesinin mahkeme tarafından nasıl değerlendirileceğini kimsenin önceden bilemeyeceği ve bundan dolayı hukuki belirlilik ve hukuki güvenliğin önemli ölçüde tehdit altında olduğu endişesi sağlanan gelişmeden duyulan tatmini gölgelendirmektedir. İmparatorluk Mahkemesince açıklanan – bildirimdeki her türlü yetersizlik bir yok hüküm doğurur- formülü gerçi çok katı olmuş olabilir, ama tam da bu sebepten kusurlu bildirilmiş bir „hükmün“ hukuki kaderine ilişkin şüpheler oluşamaz.

Bu endişeleri kolayca göz ardı etmek mümkün değildir. Çünkü kim bir hükmün oluşumunu isnat edilebilme sorunu olarak ele alırsa, „bütün bildirim noksanlıklarının hangilerinin hükmü oluşturabileceğini ya da oluşturamayacağını önceden kesin olarak açıklayan genel bir formül“ meydana getiremeyeceğini görebiliyor olmalıdır⁴³.

Genelleyen ve bu anlamda kanun dengindeki kuralın yerini, ilgili hükmün ilanında „kanuni şekli tiplerin“ (Formtype) hala korunup korunmadığı hakimnin takdirindedir. Ama zaten şekli korumak için çeşitli kanuni şekil kurallarının hangilerine „mutlaka“ uyulması gerektiğinin belirlenmesi hakime bırakıldıysa, „kanunen öngörülmüş şeklin korunması gerekir“ demek ne anlama gelir ? Isnat edilebilirlik genel kuralına kaçış ne sağlayacaktır⁴⁴?. Bu açıklamalar ilerlemeye müsaade etmemektedir.

Böylece, bir hükmün aidiyeti öğretisinin esasen „hükmü“ devlet tasarrufu olarak gösterip, bu sebeble hakimnin subjektif algılamasını kanunda dile getirilen nesnel ölçütlerin yerine geçiren ve katılımcılara, özellikle de taraflara, belirsizlik ve güvensizlik veren bir „hukuki çöküş görüntüsü“ olup olmadığına ilişkin soru haklı görülebilir.

Burada geliştirilen öğretinin taraflar üzerinde nasıl bir etki oluşturacağı hiç şüphesiz gözlemlenen çerçeveye dahil edilmelidir. Bunun yanı sıra görüşümüzün

⁴² Jauernig, s.51

⁴³ Jauernig, s.51

⁴⁴ Jauernig, s.52

yararlılığına ve İmparatorluk Mahkemesinin oluşturduğu formülün kullanışsızlığına dair ideal bir inceleme alanı oluşur ki, bu formüle göre her bildirim hatası bir hükmün oluşmasını engeller.

Taraflar eğer eksikliği biliyorlarsa –İmparatorluk Mahkemesinin formülü uygulandığında!- bildirilen eyleminin hukuki değerlendirilmesi konusunda bilgi sahibidirler. Ancak bu bilgiyi nereden alacaklar? Bildirilmiş eylem bunu sağlamaz, çünkü açıklanmayla sözde var olan hükmün yaygınlaşmasını sağlıyor. Taraflar bildiri kusurlarını –genelde olduğu gibi- görmüyorlarsa o zaman mahkemece yapılan açıklamanın hüküm kalitesine şüpheyile yaklaşmasına hiçbir neden kalmıyor. İmparatorluk Mahkemesince belirlenen formül uygulandığında hükmün bildirimiyle ilgili **beklenmedik (verbogene unscheinbare)** bir eksiklik ortaya çıkınca taraflar gösterdikleri güvenin aldatıcı olduğunu görüyorlar; bu durumda mahkemenin ifadesi bir yok hükmüdür. Burada savunulan görüşlere göre, sadece önemli şekil kurallarının dikkate alınmaması bir hükmün oluşmasını engelliyor. Bu şekilde ulaşılan sözde hükümlerin sayıca azaltılmasıyla tarafların hükmün varlığına olan güveninin makul bir şekilde korunması sağlanmaktadır.⁴⁵

Demek ki esaslı veya esaslı olmayan bildirim kuralları arasında değerlendirmeli bir ayırımın, hukuki güvensizliğe ve hukuki şüpheyile yol açması sözkonusu olmayacaktır. Tam tersine, taraflar, şimdi ilk defa hükmün varlığına gösterdikleri güvenin normal şartlar altında boşa çıkmayacağını bilmektedirler. Ağır bildiri kusurları dahi „artık“ hükmün varlığını oluşturmasına engel değildir. Bunu sonra ele alınan bölümlerde incelenen örnek olaylarda da görmek mümkün olacaktır. Amaç elbette oluşabilecek hatalar konusunda oluşmuş bir resmin yaklaşık tamamını sunmak değildir; bu ele alış, olası hata kaynaklarının algılanamayacak çokluğu nedeniyle zaten kaybetmeye mahkum sayılmış olurdu. Aşağıda derlenen örnekler daha çok burada geliştirilen aidiyet öğretisinin tarafların haklı güvenlerini tatmin edici ölçüde korumayı amaçlamaktadır⁴⁶.

Alman hukukunda, kararı mahkeme vermiş olmasına rağmen, etkili, geçerli bir bildirim yoksa da yok hükümden söz ederiz. Karar tasarı halinde kalmışsa, hatta bu

⁴⁵ Jauernig, s.52

⁴⁶ Jauernig, s.53

karar tasarısı yanlış sonucu yazı işlerine verilmişse de yok hüküm söz konusudur.Kabul üzerine verilen hükümler ve gıyap hükümlerinde(ki bunlar yazılı ön yargılamada verilmiştir)hükümün mevcudiyeti taraflara tebliğ edilmesi ile ortaya çıkar⁴⁷.

Eğer bir bildirim yapılmasına rağmen, bu bildirimde esaslı hatalar mevcutsa, o zaman da hüküm yok hüküm teşkil eder.Bu anlamda hükümün esaslı bildirim hataları olarak günümüzdeki anlayış yalnızca nadir halleri kabul eder⁴⁸.ZPO §310 II'nin aksine,eğer karar tefhim esnasında tam şekli ile hazırlanmamışsa,bunun zararı yoktur.Aynı şekilde tefhim mahkemenin bir başka bölümünden(Spruchabteilung) yapıldıysa veya tek hakimın kararı heyet tarafından tefhim edilirse de sorun yoktur⁴⁹.Kural olarak,kanun tarafından öngörülen (ZPO § 310 vd.) hükümün bildirilmesi şekilleri birbirine eşit değerdedir⁵⁰.Braun böyle söylemiştir;ancak dayandığı içtihadın sistematik eserlerde işlenmediği, öne çıkarılmadığı dikkat çekmektedir. Hükümün açıklamasının hüküm fıkrasının tefhimi yerine tebliği yolu ile yapılması yeterlidir. Burada taraflar için tebligatın tefhim yerine yapıldığı anlaşılmalıdır. Yazılı ön yargılamada verilen bir kabul veya gıyap kararı,ki bu durumda tebligat tefhim yerine geçmektedir,tebligat dava vekiline yapılmak zorundadır.Hüküm fıkrasının tek başına tebliği,bugün mümkün görülmez ve yok hükme yol açar⁵¹.

Hüküm tefhim edilmiş ama tefhim usulüne uygun değilse, bu durumda esaslı olmayan kurallar ihlal edilmiştir ve bu yok hüküm sonucunu doğurmaz⁵².Böyle bir hükümün tebliğ edilmesi etkili olup, kanun yolu süresini başlatır⁵³.Bir usul kuralına aykırılık,kanun yoluna başvurup itiraz edilmesi gereken bir hata olup,eğer kanun yoluna başvurduğumuz karar bu ihlale dayanıyorsa,karar bozulur ve dava ilk derece mahkemesine geri gönderilir⁵⁴.

Bu noktada Alman Federal Mahkemesi'nin 2007 tarihli bir kararına⁵⁵ değinebiliriz. Olayda davacı buluş sahibidir ve davalıların üretip pazarladığı ölçüm cihazları sebebiyle buluş sahibi haklarının ihlali nedeniyle itirazda bulunmuştur. Eyalet

⁴⁷ MüKo/Braun,(www.beck-online.beck.de),§578 Rdnr.7

⁴⁸ MüKo/Braun(www.beck-online.beck.de),§ 578 Rdnr.7; BGH NJW 1954,1281 vd.

⁴⁹ MüKo/Braun(www.beck-online.beck.de),§578,Rdnr.7

⁵⁰ MüKO/Braun(www.beck-online.beck.de),§ 578,Rdnr.7; BGH NJW 1994, 3358

⁵¹ MüKO/Braun(www.beck-online.beck.de),§ 578,Rdnr.7

⁵² Rosenberg/Schwab/Gottwald,§62 III 1;BGH NJW 1954,1281;NJW 2007,3210

⁵³ Rosenberg/Schwab/Gottwald,§ 62 III 1;BHG NJW 1988,2046

⁵⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald,§ 62 III 1;BHG NJW 1954,1281,1282

⁵⁵ BGH NJW 2007, 3210

mahkemesi itirazı haklı bulmuştur. İstinaf mahkemesi, eyalet mahkemesinin hükmünü değiştirip davayı reddetmiştir. Eyalet mahkemesinin hükmünün tefhim tutanağı, tefhim tarihinden itibaren beş ay geçtikten sonra imzalanmıştır. İstinaf mahkemesi, yapılan usul hatası nedeniyle hükmün sonradan tutanak altına alınmasına kadar istinaf müddetinin geçmediği kanaatine varmıştır. Federal Mahkeme, istinaf mahkemesinin kararını doğru bulmuştur. İstinaf mahkemesinin, eyalet mahkemesinin hükmünün verilişi ve tefhimi ile ilgili şu tespitlerde bulunmuştur: Eyalet mahkemesi tarafından belirlenen tefhim tarihinde eyalet mahkemesi hükmünün sadece iki hakim tarafından imzalanan asıl sureti mevcuttur. Hükmün tefhimi ile ilgili 20.2.2003 tarihli tutanak bulunmaktadır ve bu tutanak sadece hukuk dairesi başkanının parafını içermektedir. Bu tutanak sonradan hukuk dairesi başkanı tarafından Ağustos 2004'te imzalanmıştır. Hüküm eksiksiz olarak davacı vekiline 27.10.2003'te, davalıların vekiline 3.11.2003'te tebliğ edilmiştir.

Davalıların istinaf başvurusu 28.11.2003 tarihinde gerçekleşmiştir. İstinaf müddetinin geçmiş olma ihtimali başvurusu yapıldıktan sonra 12.12.2003'te yazılı belge ile durum gerekçelendirilmiştir. Davalılar aynı zamanda eski hale getirme başvurusunda bulunmuştur. Sözlü yargılamada tefhim tarihi 13.2.2003 olarak belirlenmiştir. Bu tarihte tefhim duruşmasını 20.2.2003'e erteleyen bir karar verilmiştir.

İstinaf mahkemesi konu ile ilgili olarak, istinaf derecesi sonlanana kadar tefhimin tutanak altına alınmasının telafi edilebilir olduğu kanaatine varmıştır. Senatonun talebi üzerine Ağustos 2004'te telifisi yapılmıştır. Tutanağın telifisi, istinaf başvurusunun süresi içinde yapılmadığı anlamına gelmemektedir. Muhtemelen eski hale getirme sebebi mevcuttur. Ancak Senato, Federal Mahkemenin bir kararında⁵⁶ belirtilen ilkeler doğrultusunda bir çözümü tercih etmektedir. Buna göre, eğer hüküm sonradan geçerlilik kazanacaksa, yok hüküm aleyhine istinaf başvurusunun tekrar edilmesine gerek yoktur. Burada imzanın telifisiyle, verilen hükmün tefhim tutanağına geçirildiği andan itibaren geçerlilik kazanması sağlanmıştır. Genel hukuki görüşe göre, mahkemenin hataları dava taraflarını olumsuz etkilememelidir.

ZPO§ 310'a göre, hüküm saptanılan bir tarihte tefhim edilir. ZPO§160 III N.7'ye göre, hükmün tefhimi tutanağa geçirilmelidir ve tutanak başkan ve zabıt katibi

⁵⁶ NJW 1996,1969

tarafından imzalanmalıdır.(ZPO §163 I)Tefhim için öngörülen usule uyulup uyulmadığı sadece tutanak ile ispatlanabilir(ZPO§165).Bahsedilen olayda tefhim sırasında tutanak imzalanmamıştır.Ayrıca sadece bir hüküm fıkrası mevcuttur ve sadece iki hakim tarafından imza altına alınmıştır.Ancak tefhim tarihinde bildirilen hüküm ZPO §310 II uyarınca eksiksiz bir biçimde oluşturulmuş olmalıdır.ZPO§ 315 I'e göre eksiksiz hüküm karara etkisi bulunan hakimlerin imzasını taşımalıdır.ZPO § 313 N.5 ve 6'ya göre ise vakıalar ve karar gerekçelerini içermelidir.Bu nedenle hükmün bildirimi birden fazla usul hatası içermekteydi.

Federal Mahkeme'nin 14.6.1954 tarihli kararına⁵⁷ göre, tefhim hataları bildirimin özelliği ile ilgili temel şekil şartlarını kapsıyorsa, hükmün geçerliliğini engeller.Sadece bu durumda hukuki anlamda bir bildirimden söz edilemez.Ancak asgari şartlar yerine getirilmişse zorunlu şekil şartlarının ihlali bile hükmün oluşmasına engel değildir.Mahkemenin bildiriminin kasıtlı olması ve dava taraflarınca bu şekilde anlaşılması,taraflardan her birinin kararın verilişi ve içeriği bakımından resmi olarak haberdar edilmesi asgari şartlardır.Hükmün aleni oturumda tefhimi yerine tebligat yolu ile bildirilmesi bildirimin yapısına ters değildir;çünkü belirli hükümlerle sınırlandırılmış olsa bile ,yasal olarak uygun bir bildirim şeklidir.Ancak bu durumda da tefhim edilen hüküm sadece iki hakim tarafından imzalanmış ise,bunun hatalı ancak geçerli bir bildirim olup olmadığı sorusu yanıtsız kalmaktadır.Hüküm tefhim edildiyse var olmuştur,fakat aynı zamanda bu hükme itiraz edilebilir⁵⁸.Tefhim için belirlenen tarihte eksiksiz şekilde düzenlenmemiş bir hüküm de geçerli şekilde tefhim edilmiş sayılır.Vakıalar ve kararın gerekçesi bir hükmün esaslı önemli şartları değildir⁵⁹.

Bahsedilen olayın özelliği, tefhim için uyulması gereken usullere uyulduğunu ispatlayan tutanağın istinaf mahkemesinin tespitine göre, ZPO § 517'deki beş aylık müddet geçtikten sonra imzalanmış olmasıdır. Neticede Federal Mahkemeye göre, başkan hükmün tefhimini belgeleyen tutanağı tefhim tarihinden beş ay geçtikten sonra imzalarsa, bu zamana kadar ZPO §165 uyarınca belgelenebilir tefhim eksikliği nedeniyle istinaf başvurusu yine de süreye uygun yapılmış sayılır.

⁵⁷BGHZ 14,39 vd.= NJW 1954,1281 vd.

⁵⁸ BHGZ 137,49(52) =NJW 1998,609

⁵⁹ BGH NJW 1999, 143,144

Yine bu noktada Yargıtay'ın iki kararına değinerek Türk hukukundaki görüşü ortaya koyabiliriz. Yargıtay'ın bir kararındaki⁶⁰ dava, yayın yoluyla kişilik hakkına saldırı nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Yerel mahkemenin davanın kısmen kabulüne ilişkin kararı Yargıtay Dairesi'nin kararıyla bozulmuştur. Bozma kararında özet olarak, kabule ilişkin mahkeme kararının gerekçelendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Yerel mahkemece bozmaya uyulduğuna göre, bozma doğrultusunda ilk kararın gerekçesinin belirtilmesi gerekirken ilk karardan farklı bir hüküm tesis edilerek bu kez davanın reddine karar verilmiş, hükmüne uyulan bozma kararının gereği yerine getirilmek üzere kararın yeniden bozulması gerekmiştir.Yerel mahkemece bozmayla ilk hükmün ortadan kalktığından bahisle önceki kararda direnilmiş ve direnme kararının süresinde temyizi üzerine dosya Hukuk Genel Kurulu önüne gelmiştir.Uyuşmazlık, yerel mahkemenin kısmen kabule ilişkin kararının gerekçe yokluğundan bozulması yönündeki daire kararına uyulmasından sonra mahkemece ilk karardan tamamen farklı olarak ve tam tersine davanın reddi yoluna gidilmesine usul hükümleri karşısında olanak bulunup bulunmadığı,ilk bozma ilamına uymakla taraflardan birisi yararına usulü kazanılmış bir hakkın varlığından söz edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.Esasen ilamın tefhim edilen karara uygun yazılması ve gerekçe taşıması ve 388.maddeleri ile varlık kazandırmıştır.HUMK 381 ve 388.maddeleri kamu düzeni amacıyla konulmuş,emredici hükümlerdendir.Bu maddeler hükmünce kararın alenen tefhim edilmesi gerekir.Yine Anayasamızın 141. Maddesinin 3.fıkrasına göre,bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.Davanın reddine veya kabulüne dair karar tefhim edildikten sonra bundan dönülerek yeni ve bundan farklı bir hüküm kurulamayacağı gibi,gerekçe de kısa kararla çelişik olamaz ve daha önemlisi karar gerekçesiz bırakılamaz.Diğer taraftan, mahkemece bozma ilamına uyulmakla bir taraf yararına usuli kazanılmış hak doğacağından bozma dışına çıkarak karar vermenin usuli kazanılmış hakkın ihlali olduğu unutulmamalıdır.Olayımızda kısa karar ile gerekçeli karar arasında çelişki bulunmamaktadır.Eksik olan husus kararın gerekçesidir.Hükmüne uyulan daire bozmasından sonra mahkeme ilk karardan farklı olarak hüküm sonucunu tamamen değiştirmiş,bu kez ilkinin aksine davayı reddetmiştir.Burada olayın özelliği,hükmüne uyulan bozma ilamında gerekçenin yokluğu vurgulanarak hüküm sonucuna ilişkin bir değerlendirme yapılmadığı halde hüküm sonucunun tamamen değiştirilmesidir.

⁶⁰ YHGK E.2001/4-535 K. 2001/537 Kazancı Bilgi Bankası

HUMK 381 ve 388. Maddeleri emredici kurallardan olmalarına rağmen,hükmün yokluğunu ortaya koyacak esaslı kaidelerden değildir.Bu maddelerin bir kararını geçersiz kıldığına ilişkin usul hukukunda bir hüküm mevcut değildir.Bu durumda sadece temyiz sebeplerinin varlığından söz edilebilecektir.Hükmün yok sayılabilesi için taraflara tebliğ edilen hükmün mahiyeti,son duruşma zaptında belirtilmemiş olmalıdır.Son duruşma tutanağına hükmün mahiyeti geçirilerek tefhim edilmişse artık ortada hukuken bağlayıcı bir hükmün varlığının kabulünde duraksama olmamalıdır.Açıklanan nedenlerle HGK, Özel Dairenin bozma ilamına uymak gerekirken önceki kararda direnilmesini usul ve yasaya aykırı bulmuş,direnme kararının bozulmasına karar vermiştir.

Yargıtay'ın bir kararı da⁶¹yine benze esasları anlatmaktadır. Dava konut ihtiyacı nedeniyle kiralananın tahliyesi istemine ilişkindir. Yerel mahkemece davanın kabulüne dair verilen karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Özel Daire hükmün bozulmasına karar vermiştir.Yerel mahkeme kısa kararda "Yargıtay bozma ilamına karşı mahkememizce verilen önceki direnilmesine dair ekli karar açıkça okunup anlatıldı" şeklinde hüküm fıkrası oluşturulmadan direnme kararı vermiştir.Bu karar davalı vekili tarafından temyiz edildi ve dava Hukuk Genel Kurulu'na geldi.Somut olayda kısa karar ve gerekçeli kararda hüküm fıkrası oluşturulmamış,yalnızca "önceki kararda direnilmesine" denilmekle yetinilmiştir.Mahkemece HUMKm.388'in açık hükmü gözetilmeden karar verilmesinin doğru olmadığı gerekçesiyle direnme kararı usul yönünden bozulmuştur.Mahkemece HGK bozma kararına uyulmasına karar verildikten sonra Y.6.HD'nin bozma kararında belirtildiği şekilde ancak HGK'nun bozması dışına çıkılarak kısa kararda hükmedilen direnme kararının tam aksine davanın reddine karar verilmiştir.Bu karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Yukarıda açıklanan yargılama aşamalarında görüldüğü üzere usul hukuku ile ilgili ortaya çıkan sorunun çözümü; yerel mahkemenin "önceki kararda direnilmesine" şeklinde oluşturduğu kısa kararın Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca,HUMK m.381 ve 388.maddelerine aykırı görüp bozmasından sonra,mahkemece bozma doğrultusunda hüküm oluşturulması gerekirken direnme kararında kabul ve tefhim ettiği hukuki sonucun aksine bir karar vermesinin mümkün olup olmadığının belirlenmesinde toplanmaktadır.Burada ortaya çıkan özellik ilkin direnme kararı verilmesine karşın

⁶¹ YHGK E.2003/6-282,K.2003/296 Kazancı Bilgi Bankası

HGK'nun usulden bozma kararını takiben bu kez direnme kararından dönme anlamına gelecek şekilde davanın reddine karar verilmiş olmasıdır. Yerel mahkemelerin direnme kararları, davayı sona erdiren temyizi mümkün olan son kararlardandır. Bu aşamada yapılması zorunlu iş, gerekçeli kararı mahkemenin direnme doğrultusunda yazmasıdır. Bu bakımdan direnme kararından dönme mümkün değildir. Esasen ilamın tefhim edilen karara uygun yazılması kamu düzeni ile ilgili temel kurallardandır ve bu kurala yasa koyucu HUMK m.381 ve m.388 ile varlık kazandırılmıştır. Davanın tamamen reddine veya kabulüne dair karar tefhim edildikten sonra bundan dönülerek yeni hüküm kurulamaz. Aksinin kabulü mahkemelere güveni sarsacağı için hiçbir suretle üstün görülemez. HUMK 381 ve 388. Maddeleri emredici kurallardan olmalarına rağmen, hükmün yokluğunu ortaya koyacak esaslı kaidelerden değildir. Bu maddelerin bir kararını geçersiz kıldığına ilişkin usul hukukunda bir hüküm mevcut değildir. Bu durumda sadece temyiz sebeplerinin varlığından söz edilebilecektir. Hükmün yok sayılabilesi için taraflara tebliğ edilen hükmün mahiyeti, son duruşma zaptında belirtilmemiş olmalıdır. Son duruşma tutanağına hükmün mahiyeti geçirilerek tefhim edilmişse artık ortada hukuken bağlayıcı bir hükmün varlığının kabulünde duraksama olmamalıdır. Açıklanan nedenlerle HGK'nun bozması doğrultusunda işlem yapılarak özellikle usulün 381-388. Maddelerine uygun karar yazılması gereği yerine getirilmek üzere yerel mahkemenin kararı bozulmuştur.

Sonuç itibariyle; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 'na⁶² göre, HUMK 381 ve 388. Maddeleri emredici kurallardan olmalarına rağmen, hükmün yokluğunu ortaya koyacak esaslı kaidelerden değildir. Bu maddelerin bir kararını geçersiz kıldığına ilişkin usul hukukunda bir hüküm mevcut değildir. Bu durumda sadece temyiz sebeplerinin varlığından söz edilebilecektir. Hükmün yok sayılabilesi için taraflara tebliğ edilen hükmün mahiyeti, son duruşma zaptında belirtilmemiş olmalıdır. Son duruşma tutanağına hükmün mahiyeti geçirilerek tefhim edilmişse artık ortada hukuken bağlayıcı bir hükmün varlığının kabulünde duraksama olmamalıdır.

⁶² YHGK 2001/4-535 2001/537; 2003/6-282 2003/296 (Kazancı Bilgi Bankası)

§ 7. Münferit Bildirim Kusurları

A.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Bildiri kusurlarıyla ilgili bazı örneklere değinmeden önce literatürde ve bazı yargı kararlarında yeni ortaya çıkan bir sorunun cevaplanması, açıklığa kavuşturulması gerekiyor. Biz şimdiye kadar hükmün aidiyeti oluşturabilecek(isnad edilebilir) bildirisiyle ilgili yasanın iki yol ortaya koyduğunu düşünerek hareket ediyorduk: Bunlardan birincisi hükmün sözlü yargılama sonucunda verilmesi durumunda hükmün sözle bildirilmesi (hükmün tefhimi); diğeri de yazılı yargılama da hüküm fıkrasının tebliğ edilmesi.

İkinci yolun günümüzde hala uygulanabilir olmasının 4.11.1950 tarihli İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmesinin 6. maddesine göre mümkün olup olmadığı şüphelidir¹.Burada hükmün açık oturumda verilmesi,yani aleni tefhim edilmesi zorunluluğu belirtilmiştir.

7.8.1952 tarihli² Alman Federal Parlamentosundaki Federal Konseyin onayladığı yasayla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi – devletler hukukuna ilişkin bir sözleşme – Alman hukukuna dönüştürülmüş (transforme edilmiş)³ oluyor; bu bağlamda da (maddi anlamda) Federal Yasa derecesinde değerlendiriliyor⁴. Bu nedenle de sonraki kanun öncekini yürürlükten kaldırır (lex posterior derogat legi priori) temelinde eski Federal Hukuku, özellikle Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun hükümlerini de, yeni Federal Yasayla değiştirme durumu vardır⁵. Ayrıca bir tatbikat kanununa gerek kalmadan bu gerçekleştirilebilir⁶. 07. 08. 1952 tarihli Federal Konseyin onayladığı Yasanın hazırlık çalışmaları⁷, eski Federal Yasaları bu sözleşmeye uygun şekillendirilmesi Federal Yasa Koyucunun amacı olduğunu göstermeye elverişlidir.

Sözleşmenin 6 I Maddesinin içeriğine istinaden, yani bir hükmün sözle bildirim, tefhim zorunluluğu bağlamında ZPO §128 II ve §310 II Maddelerinin

¹ Jauernig, s.53

² Jauernig, s.54;dn. 2’de anılan (BGBl. Teil II, s.685)

³ Jauernig, s.54, dn. 3: Devletler hukukuna ilişkin bu sözleşmenin onaylanmasında Federal kanun koyucunun katılımı bunu göstermektedir.

⁴ Jauernig, s. 54

⁵ Jauernig, s.54; Karş: Echtermölter, JZ 55, 689

⁶ Jauernig, s.54, dn. 6’da anılan(Weber,MDR 55, 388; Wendt, MDR 55,658; Henrichs, MDR 55,142)

⁷ Jauernig, s. 54;Echtermölter, JZ 55, 690

geçerliliğini tartışmalı bir durum haline getirmektedir. Yazılı yargılama içerisinde hükümler sözle bildirilmemekte, bunun yerine hüküm fıkrasının tebliği yoluyla açıklanmaktadır. Bu sebeple sözleşmenin 6 I Maddesi, Hukuk Muhakemeleri Usulu Kanunun §128 II ve §310 II Maddelerinin geçerliliğini ortadan kaldırdığını söylenebilir ve buna bağlı olarak da hüküm fıkrasının tebliği de artık yasada öngörülen tebliği şekli olmadığı ortaya çıkmış bulunuyor. Bu duruma göre de 03. 09. 1953 tarihinden itibaren⁸ Hukuk Muhakemeleri kanunun §310 II Maddesine göre ilan edilen, bildirilen hüküm hukuki bir hiç, bir yok hükmüdür⁹. Buradaki müeyyide, sadece etkisizlik veya iptal edilebilirlikten ibaret değildir. Bir hükmün oluşması için, kanunuda öngörülen bildirim yolunun takip edilmesi gerekir. Sözleşmenin 6 I Maddesi, ZPO §310 II'yi ortadan kaldırırsaydı, hükmün tefhimi hükmün oluşması için tek yasal yol olurdu. BVerfGG §79'dan da başka bir sonuç çıkmamaktadır. Bu kurala göre kararlar, özellikle hükümler Alman Anayasa Mahkemesi'nin yok saydığı bir norma dayanmaları halinde bile geçerli kalmalıdır. **Buradan –belki de varolmayacak!- ZPO §310 II uyarınca bildirilen hükmün geçerli olduğu sonucuna varılmamalıdır. ZPO § 310 II'nin geçersizliğinin tespiti Alman Anayasa Mahkemesi tarafından** BVerfGG §79'a zımnen bir hüküm(fıkra 1) veya bir karar (fıkra 2) söz konusu olduğundan hareket etmektedir; eğer bir hüküm, kanunen öngörülen şekilde bildirilmezse hükümde bir eksiklik olacaktır. § 79 BVerfGG tefhim edilmemiş bir hükmün var olarak tanınmasına hizmet edemeyecektir; aksi taktirde sözleşmenin 6. Maddesine aykırı hareket etmiş olur ve kendiliğinden iptal edilmiş olur..

Bu durumun neticesi ortaya atılan sorunun derin anlamınlılığını net bir şekilde ortaya koyuyor.

Sözleşmenin 6 I maddesi ile ilgili sorun –incelenebildiği kadarıyla- sadece Münster Yüksek İdare Mahkemesi (OVG)'nin 24. Temmuz 1955¹⁰ ve aynı mahkemenin 25. 11. 1955¹¹ tarihlerinde verdiği kararlarda ifade ediliyor ancak çözüme kavuşturulmuyor. Yüksek İdare mahkemesi, bu konuyla ilgili bir tavır almamıştır.Çünkü haklı olarak sözleşmenin 6 I maddesinin idari mahkemece yürütülen

⁸ Jauernig, s. 54

⁹ Jauernig, s.54, 55

¹⁰ Jauernig, s.55; NJW 56,157 vd.

¹¹ Jauernig, s.55; NJW 56, 1374vd.

bir davaya yönelik olmadığını¹², hukuk ve ceza mahkemeleri önündeki yargılamada incelenmesi gerektiğini ortaya koymuştur¹³

Literatürde, ZPO §128 II ve §310 II'nin yürürlükte kalması mütemediyen açıklanmaktadır. Müller¹⁴, Henrichs¹⁵ ve Echtermöller¹⁶ sonuçta aynı fikirde birleşmişlerdir ve ZPO §128 II'nin günümüzde de geçerli olduğunu, yani tarafların rızası ile, sözlü bir duruşma olmadan, bir karar alınabileceğini düşünüyorlar. Müller ve Echtermöller¹⁷ sözlü duruşmayla ilgili hakkın bir insan hakkı olarak devredilemez ve vazgeçilmez olduğu fikrinden yola çıkıyorlar. Bununla birlikte taraflar kanunun kendilerine tanıdığı yetkilerin kullanımından, ancak yargılamanın „fair trial“¹⁸ özelliğini ve karakterini bozmayacak ölçüde vazgeçebilirler. ZPO §128 II uyarınca sözlü duruşmalardan vazgeçmenin, duruşmanın „fair trial“ özelliğini bozmadığı savunulmaktadır. Ancak verilen hükmün bu durumda da açık duruşmada tefhim edilmesi gerekmektedir¹⁹.

Müller ve Echtermöller tarafından savunulan görüşün reddedilmesi gerekiyor. Bu görüşün isabetli olmayışının birinci nedeni, sözleşmenin 6 I maddesine göre tüm hükümlerin „aleni oturumlarda“ tefhim edilmesi gerekmesindendir. Sözleşme, açık bir şekilde tüm muhakeme sürecinin ve buna bağlı olarak da hükmün tefhiminin aleniyet (Öffentlichkeit) olmadan gerçekleşebileceğini belirtiyor. Keza sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra tüm hükümlerin de aleni „tefhim“ edilmesi gerekliliği zorunluluk teşkil etmeyecektir²⁰.

¹² Jauernig, s.55; Aynı şekilde: Echtermöller, JZ 56, 145

¹³ Jauernig, s.55; dn.14: Her mahkeme ZPO§ 128 II, 310 II'nin geçersiz olup olmadığını, davayı GG Art. 100 uyarınca ertelemeyen ve Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda kararını beklemeden kendisi belirleyebilir. Zira sözkonusu olan sadece bir federal kanunun(sözleşme) ile bir diğeri olan ZPO ile uygunluğudur ve GG Art. 100 I uyarınca bunun denetimi Federal Anayasa Mahkemesinin yetkisindedir.

¹⁴ Jauernig, s.56, dn. 15'de anılan (ZMR 54, 231)

¹⁵ Jauernig, s.56, dn. 16'da anılan(MDR 55, 140)

¹⁶ JZ 56, 145

¹⁷ Jauernig, s.56; Echtermöller, JZ 56, 145

¹⁸ Kanuna uygun, adil ve bitaraf muhakeme

¹⁹ Jauernig, s.56

²⁰ Jauernig, s.56, dn.21 : Yazara göre, tefhim ile yargılamanın, sözlü yargılama ile tefhimin birbiri ile karşılaştırılması burada sözkonusu değildir. Çünkü hükmün tefhimi, bütün yargılamanın bir parçasıdır, aleniyet tamamen bunun dışında bırakılabilir.

Tarafların aleni hüküm tefhimi konusundaki hakları ZPO §310 II'de tanınmaktadır. Kararın kural olarak hükmün tefhimi yolu ile bildirilmesi gerekir, hükmün yazılı verilmesi (Erlaß) yazılı yargılama konusundaki tarafların karşılıklı onayıyla ilintilidir ve bu nedenle kanundan ötürü „fair trial“a riayet edilmesinin gerekliliği hesaba katılmalıdır. ZPO §310 II bu nedenle günümüzde de geçerli, mer'i hukuktur²¹. Bu sebeple de somut bir durumda eğer tarafların gerekli onayı eksik kalırsa ZPO § 310 II , sözleşmenin 6 I maddesi ile değil, ZPO § 128 II ile bağlantılı olarak ihlal edilmiş olur²². Bu bildirim kusurlarının hukuki sonuçları birazdan teker teker ele alınacaktır.

B.Tefhim-Tebliğ Hatası

Eğer hüküm sözlü yargılama sebebiyle veriliyorsa, tefhim edilmesi gerekir; yazılı yargılama yoluyla veriliyorsa da bunun hüküm fıkrasının tebliği yoluyla açıklanması gerekir. Her iki bildirim yöntemi – geçersiz olsa dahi - değiştirilebilir mi, yani kararların sözlü yargılama sonucunda tebliği ve yazılı yargılama sonucunda tefhimi gerçekleştirilebilir mi, veya böyle bildirim kusurları bir hükmün oluşumunu engeller mi?²³

İmparatorluk Mahkemesinin (Reichsgericht) liderliğindeki üst hakimlerce verilen yargısal kararların böyle hatalı tebliğ işlemini bir yok hüküm olarak değerlendirmesi hiç de şaşırtıcı gelmiyor, tam da hükmün sözlü yargılama sonucunda –tarafların onayı olsa da- tebliğ edilmesi durumunda²⁴. Bu görüş tebliğin ZPO §310 II'ye göre sadece yazılı yargılama sonrasında geçerli olduğu konusunda doğru noktaya temas ediyor. Ancak bu bağlamda hatalı yorumlanansa usulsüz tebliğin hüküm oluşturmayacağı yönündeki yanıldır.

²¹ Jauernig, s.57; Aynı fikirde: dn. 22'de anılan (Henrichs,MDR 55,140)

²² Jauernig, s. 57

²³ Jauernig, s.57

²⁴ Jauernig, s.57; RGZ 133, 215vd.; Rosenberg, 6. Basıya kadar aynı fikirde, 7. Basıda ise farklı fikirdedir.Karş: § 73 III 1 b ve§108 III 4 c

09. 09. 1915 tarihli Mahkemelerin İş Yükünü Hafifletme Tüzüğü (EntlastungsVO) §23.'siyle (22. 12. 1923 tarihli Hızlandırma Düzenlemesi'nde [BeschleunigungsVO] genişletilmiş; 1924'te §7. olarak yeni düzenlenmiş Mahkemenin İş yükünü Hafifletme Düzenlemesinde yer almış; bugün ise ZPO § 128 II ve §310 II) yargılamada ve hükmün tebliği konusunda geçerli temel ilke olan sözlülük ilkesi çiğnenmiş oldu ²⁵. Günümüzde ise hükmün bildirim yöntemi, hem tefhim şeklinde, hem de yazılı tebliğ yoluyla yapılma şekli kanunda belirtilmiştir. Tebliğ işleminin sürecinde tebliğin yazılı yargılamada gerçekleştirilmiş olması sadece usuli bir geçerlilik şartıdır ki, orada kararın bildirilmesi başarılı bir şekilde sağlanmış olur. **Hükmün tebliğ formuyla bir ilgisi yoktur** ²⁶. Çünkü yazılı yargılama –aynı sözlü yargılamada olduğu gibi- sadece isabetli kararın alınması için gerekli malzemenin derlenmesine hizmet etmektedir²⁷. Her iki yargılama şekli de hükmün verilmesinden önce sonuçlanmış olmaktadır. Sözlü yargılama için bu çok doğal ve açık bir durumdur. Mahkemenin görüşüne göre olay tamamıyla açığa çıkmış ise sözlü yargılama sona ermiştir (ZPO §136 IV) . Yazılı yargılama için de farklı bir durum söz konusu değildir; burada hüküm ilk kez her iki tarafa tebliğ edilmek ile verilmiş oluyor²⁸, ancak bu durumda hüküm daha önce ,yani hükmün kurumdan gönderilmesiyle, postalanmasıyla sonuçlanmış olur²⁹.

Bu sebeple adım atılan yargılama usulü seçeneği –ister yazılı olsun, ister sözlü- hükmün bildirilme şekline dahil değildir. Tebliğ, yasa tarafından öngörülen bildiri formudur; usulüne uygun bir şekilde gerçekleşirse eğer yine de önce sözlü yargılama gerçekleşmiş olsa dahi, şeklen doğru bir hükmün mevcudiyeti söz konusudur.

C.Tebliğin Re'sen Gözetilmesi

ZPO § 310 II'ye göre tebliğin önemli bir şekil şartı da, onun re'sen (von Amts wegen) gözetilmesidir. Tebliğ, mahkeme tarafından tefhimin yerine geçmektedir ve bu da yapılmak zorundadır³⁰. Ancak o zaman bildirilen işlemin mahkeme tarafından yapılmış olduğu ve hüküm olarak mahkemeye aidiyeti kabul edilebilir. Buna göre

²⁵ Jauernig, s.58,dn. 25'de anılan(Stein-Jonas- Schönke § 128),Bem.VI, VIII 3; RGZ 115,222(223), BGHZ 11,27 (30); 17,118(121)

²⁶ Jauernig, s.58

²⁷ Jauernig,s.58; BGHZ 11,27(29 vd.) ; 18, 61 (62)

²⁸ Jauernig, s.58,dn.28'de anılan(Baumbach-Lauterbach, § 310,Bem. 3 B; Stein-Jonas-Schönke, §310,Bem. IV 3; Rosenberg,§ 108 III 5); Goldschmidt, Zivilprozeßrecht, s.183; RGZ 120,243(245); 123, 333(336)

²⁹ Jauernig, s.58

³⁰ Jauernig, s.59;Karş: RGZ 90, 295 (297)

taraflarca yapılan tebliğ bir hüküm oluşturmaz, tebliğ edilen işlem bir yok hüküm olur³¹. Bunun dışında eğer mahkemenin iradesine karşı, taraflara, hakkın kötüye kullanılması suretiyle bildirilmişse, re'sen tebliğ edilen işlemin isnad edilebilmesine, aidiyetine karşı çıkmak gerekiyor; ancak bu kötüye kullanmanın dışarıya karşı bir şekilde fark edilir veya en azından bu konudaki kuşkuyu haklı çıkaracak noktalara sahip olması gerekiyor³².

Münferit tebliğ kurallarının ihlal edilmesinin ne sonuç, etki doğuracağı burada ele alınamıyor. Ancak şunu dikkate almak gerekiyor ki, tebliğ normlarının dikkate alınmamasındaki artış, bunlar incelendiğinde sadece birer önemsiz şekli hükümler olarak algılanabilirse de, bu durum kanunen öngörülen bildirim formlarının, şekillerinin korunmamasına yol açabilir. Böyle durumlarda nicelik niteliğe baskın gelir ve birçok önemsiz ihlalden önemli bir ihlal oluşur.

Yukarıdaki bölümde değinilen görüşe göre ister yazılı bir yargılama gerçekleşmiş olsun veya olmasın hüküm **fıkrasının tebliğ edilmiş olması hükmün oluşması için** yeterlidir. Bunu takiben tarafların yazılı yargılamaya onayı olmadan da tebliğ ile hüküm oluşuyor³³.

Tarafların sözlü yargılamadan vazgeçilmesi konusundaki beyanı geçerli bir yargılama için şarttır ve bu da yine ZPO § 310 II'ye göre hükmün verilmesi için bir geçerlilik şartını ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle yazılı yargılamaya verilecek rıza, yazılı yargılamadan ziyade hükmün açıklanma şekli ile ilgilidir³⁴. Bu şekilde de önceden ortaya koyulmuş, tarafların hiçbir zaman „gerekli katılımcı“ olarak hükmün oluşmasında ortaya çıkamayacakları konusundaki esasın doğrulandığını görüyoruz. Hüküm şeklindeki devlet tasarrufunun verilmesi sadece mahkemeye ait bir görevdir³⁵.

³¹ Jauernig, s.59; Günümüzde de yaygın olarak kabul gören görüş budur. Jauernig, 59, dn.31'de anılan (Baumbach-Lauterbach, §310, Bem. 3 C; Stein-Jonas-Schönke, § 311, Bem. II ; Rosenberg, § 69 III 1, §108 III 5); RGZ 140, 348(350); BGHZ 8, 303(307 vd.)

³² Jauernig, s. 60; BGHZ 15, 142(144)

³³ Jauernig, s.60; Aynı görüşte: dn.34'de anılan (Baumbach-Lauterbach, §128, Bem. 6 D; Stein-Jonas-Schönke, § 310, Bem.I 3a); Rosenberg'de 7. Basıdan itibaren aynı görüştedir., § 73 III 1 bve§ 108 II 1 f. Aynı yönde: BGHZ 17, 118 (122)

³⁴ Jauernig, s.60

³⁵ Jauernig, s.60

Sözlü bir yargılama gerçekleştiyse taraflar, verilen hükmün tefhim edilmesini hesap ederler. Eğer mahkeme onlara hüküm fıkrasını re'sen tebliğ yoluna giderek iletir ve bunun devamında da taraflar hükmün bu şekilde oluştuğunu öğrenilerse çok şaşıracaklardır.

Bu durumda güvenin korunması da pek mümkün görünmüyor. Belki ancak taraflar öncesinde gerçekleşen sözlü yargılamada hükmün yazılı tebliği konusunu onayladıkların³⁶ belirttilerse bu güvenleri sarsılmaz; burada bir hükmün tebliğ sürecinde/yolunda bildirildiğine inanırlar. Ancak bu durumda onayın eksik olması, var olan bir hükmün algılanması konusunda tarafların güveninin dikkate alınmadığı anlamına gelir ve bunun devamında da burada savunulan görüşe göre -en azından- temyize ihtiyacı olduğu sonucu çıkar³⁷.

Burada değinilen soru kompleksi karşısında güncel bir gelişme olarak Federal Alman Mahkemesi, IV. hukuk dairesinin 2. Nisan 1955³⁸ tarihli dikkate değer bir hükümde duruşunu açıklamıştır. Tarafların onayıyla istinaf mahkemesi yazılı yargılamanın uygulanmasını belirledi ve itiraz edilen hükmü ZPO § 310 II'ye göre tebliğ yoluyla ilan etti. Federal Alman Mahkemesi haklı olarak, yazılı yargılamanın uygulandığı kararın geçersiz olduğunu açıkladı. Çünkü hukuki ihtilaf karar için olgunlaşmıştı. Bunun sonrasında daire³⁹ şöyle söylüyor: Ancak bundan bu yöntemle tebliğ edilen hükmün hukuki anlamda geçersiz bir hüküm olduğu sonucuna varılmasını gerektiren zorlayıcı bir neden yoktur. Tüm katılımcılar, yazılı yargılama konusundaki düzenleme ile ilgili alınan karar nedeniyle, verilecek bir hükmün tefhim yoluyla değil, yazılı tebliğ yoluyla açıklanacağını ve o şekilde geçerlilik kazanacağını farkındaydılar. Temyiz mahkemesi katılımcıların birinde dahi bir şüphe oluştuğunu savunmuyor⁴⁰.

Burada savunulan bakış açısından hareketle kararın sonucuna katılmak gerekmektedir; ancak bunun gerekçesi fazlasıyla tartışmaya açıktır.

³⁶ Jauernig, s.61; Bu rıza ZPO § 128 II yazılı yargılamaya rıza ile karıştırılmamalıdır.yalnız yazılı yargılama için verilen rıza kanunca tanınmıştır. Karş:ZPO § 310 II'de ,§ 128' e yapılan atıf

³⁷ Jauernig, s.61

³⁸ Jauernig, s.61; BGHZ 17, 118 vd.

³⁹ BGHZ 17, s.122

⁴⁰ Jauernig, s.61

Federal Alman Mahkemesi itiraz edilen hükmün varlığını onaylamaktadır, çünkü tüm katılımcılar ZPO §310 II Maddesine göre bildirilmesi gerektiğini bileceklerdi ve katılımcılarda⁴¹ hiçbir şekilde şüphe uyandırmayacağını biliyorlardı.

Katılımcılar yazılı yargılamada uzlaşmış olmasalardı o zaman mutlaka bilgisizlik ve şüphe söz konusu olurdu, mahkeme de bu sebeple yazılı yargılamayı uygulamazdı ve ZPO §310 II'ye göre bir hüküm verilirdi. Bu durumda Federal Alman Mahkemesi hükmün geçerliliğini katılımcıların şüpheden uzak bilgisiyle gerekçelendiremezdi, bunun yerine kendi bakış açısını, duruşunu ya ZPO'nun §310 II Maddesine göre verilen hükmü yok hüküm olarak değerlendirmesi, ya da bakış açısını, duruşunu daha farklı temellendirmesi gerekirdi.

D. Tarafların Güveni

Dolaysıyla en önemli soru IV. Hukuk Dairesinin hükmün isnadıyla ilgili taraflara tanıdığı imkanın, yani tarafların güveninin burada bir rolü olabilir mi ?

Bildirilen işlemin mahkeme tarafından hüküm olarak kabul edilip edilmeyeceği bildirilen eyleminin mahkemeye isnad edilebilmesine bağlıdır. Isnad işleminde, aidiyet yolunda „mahkeme“ ve „kazai ifade“ birbiriyle bağlanıyor. Taraflar bu işleme katılmıyorlar; güven ve bilgileri, birikimleri ve şüpheleri isnad edilebilmeye, aidiyete etki etmemektedir. Bu da sadece mahkemeye bahşedilen karar verebilme kabiliyetinin gerekli bir sonucudur. Bu nedenle tarafların, -güya- haklı güven unsurunun „sadece“ korunması yoluyla bile geçerli kılınmaya çalışılsa da hüküm ve yok hüküm arasında sınır çizgisi çekme konusunda herhangi bir şekilde etki etmeleri engellenmiştir. Açıklanan işlemin hüküm olarak mahkemeye ait olduğu tespit edilirse, taraflar ön plana çıkar ve onların güvenleri önem kazanmaya başlar. Isnad edilebilirliği oluşturmak veya kabul edilen isnadı geri dönüştürmek bu nedenle tarafların görev alanına girmemektedir. Geri kalan faaliyet alanının yine de yeterince çok büyük ve önemli: Aidiyetin hakkıyla kabul veya red edilmesinin en güzel kontrol şekli tarafların güvenidir. Bu sebeple sonuçlanmış (!) isnad kararı ve bu kararın içindeki hükmün kabul veya red edilmişliği, elde edilen sonucun tarafların güveninden mi kaynaklandığı yoksa bunun tersinin mi söz konusu olduğu incelenebilir, buna müsaade vardır. Bir taraftan yok hükmün

⁴¹ Jauernig, s.62; dn.42: Katılımcılar burada ancak taraflar olabilir.

oluşumundan yola çıkarak hukuki sonuçların mevcut olduğu ve diğer taraftan da açıklanan hükmün hukuki varlığı reddedilmiyorsa, kabul veya red edilen isnad edilebilirliğin doğruluğu etkileyici bir şekilde tasdik edilebilir⁴².

İsnadın sonucu tarafların güvenine uymuyorsa o zaman tekrar bir denetim gerekli olur. Ancak hiçbir şekilde tarafların güveni, belirlenmiş veya reddedilmiş isnad edilebilirliği yıkamaz; bunun için sadece isnad edilebilirliğin kendi içerisinde yer alan mülahazalar uygundur⁴³.

Bu düşünce aşamaları, 14. Haziran 1954⁴⁴ tarihli Federal Alman Mahkemesi Hukuk Genel Kurulunun kararının altında yatmaktadır. Bu karar öncelikle bildiri eyleminin isnad edilebilirliğini denetlemiştir ve somut durumda değerlendirmenin onayı olarak da hükmün varlığını onaylamıştır. Bu şekilde tarafların güveni, hukuki güvencesi ve hukuki belirliliğin hükmün varlığının kabulüyle gerekli şekilde korunduğunu tespit etmek sözkonusudur⁴⁵.

Buradan 02. Nisan 1955⁴⁶ tarihli IV. Hukuk Dairesinin kararının gerekçelendirme açısından bir hata içerdiği ortaya çıkan bir sonuçtur. Tarafların, muhtemelen verilecek hükmün, hüküm fıkrasının suretiyle bildirileceği ve o şekilde var olacağı konusundaki bilgisi, tebliğ edilen hükmün varlığının gerekçelendirilmesi konusunda ne uygundur, ne de gereklidir. Taraflar bununla ilgili birşey bilmeseler bile tebliğ, hükmü oluşturur. Onların –hayal kırıklığı yaratan- güveni bu durumda sadece var olan hükmün kabulünün doğruluğu konusunda incelemeye yeter⁴⁷. Bu inceleme ne şekilde sonuçlanır?

Hükmün verilmesine kadar, taraflar yargılamanın durumu hakkında zaten bilgi sahibi olmaktadırlar. Re'sen tebliğ edilen hüküm fıkrası onları hükmün verildiği ve hükmün hangi içerikle verildiği konusunda bilgilendiriyor. Bundan her iki taraf da gerekli bilgiyi ediniyor⁴⁸, çünkü ancak tebliğ ikinci ve sonuncu tarafa ulaştıktan sonra

⁴² Jauernig, s.62; BGHZ 14, 39 (48 vd.)

⁴³ Jauernig, s. 63

⁴⁴ Jauernig, s.63; BGHZ 14,39 (48 vd.)

⁴⁵ Jauernig, s.63

⁴⁶ Jauernig, s.63; BGHZ 17, 118 vd.

⁴⁷ Jauernig, s.63

⁴⁸ Jauernig, s.63,dn.48: Burada önemli olan, tarafların kararın verildiğinden fiilen haberdar olmalarıdır.Tebliğ, belgenin tarafların kendisine verilmesi ile gerçekleşebilir, ama bir zorunluluk değildir.Tebliğat ile alıcının sadece bilgilendirilmesi imkanı sağlanmalı ve sağlanmak zorundadır. Bu

bir hüküm ortaya çıkmış oluyor⁴⁹. Bu nedenle taraflar hükmün tefhiminin gerçekleşmesi ve fakat taraflara tefhim gününün bildirilmemesi durumuna nazaran avantajlı bir durumdadırlar.

Bu durumda, taraflar için bir hükmün verilmesi, cidden uzun bir zaman saklı kalmış oluyor⁵⁰. Hükmün her iki tarafa tebliği vasıtasıyla varlığını kazanması, bununla ilgili tehlikeleri bertaraf etmiş olmaktadır.

Verilmesi mümkün bir hükmün tefhim yoluyla bildirileceği ve bu sayede var olacağı konusundaki güvenlerinin sarsılacağı, kesinlikle doğrudur. Ancak güven korunmaya değer bir unsur değildir. Bu yasal bildirim kurallarının önemi hakkında önemsiz bir yanlışlığa dayanmaktadır. Tarafların, hatalı tasavvurları yasada hüküm ve yok hüküm arasında ifade edilen sınır çizgisini kendi çıkarları lehine kaydırmaları için uygun değildir⁵¹.

Bu sonuç güvenin korunmasının anlamını ve sınırlarını çok daha belirgin bir şekilde vurguluyor. Tarafların güveninin, hükmün isnadına herhangi bir etki yapmadığını tespit ettik; bu sadece onun doğruluğu için bir unsurdur. Güvenin korunması burada geliştirilen isnad konusundaki öğretinin konusu değildir. Çok arzu edilen ve üzerinde düşünülmeden kendiliğinden ortaya çıkan bir yan sonuçtur. Bu öğretinin esas amacı hukuk mahkemesi kararının devlet tasarrufu olarak tam tanınmasını sağlamaktır. Çünkü bu temel bakış açısıyla nadir durumlarda isnad edilebilmeyi ve böylece de hükmün geçerliliğini reddetmesiyle, (hatalı bildirilmiş) hüküm olarak devlet tasarrufunun mevcudiyetinin korunmasına yönelik güveni koruyor. Isnad konusundaki öğreti ilk aşamada „pozitif“ ve tarafların hükmün varlığını onaylayan güveniyle ilgilidir. Eğer taraflar hükmün tefhim yoluyla bildirilmesine ve bu şekilde geçerli olacağına güvenmişlerse durum farklıdır; bu durumda hükmün tebliği onları hayal kırıklığına uğratar. Taraflar tebliğ edilen hükmün var olmadığına güvenmişler midir, bu cevaplanmamış bir soru; çünkü onlar öncelikle diğer bildiri

imkan kanuna göre fiili bilgilendirmeye eşittir. Tebliğ ve tefhim ile taraflar kararın içeriğinden kanuna göre haberdardırlar. Bu nedenle tebligat durumunda alıcının bilgilendirilmiş olduğunu kabul etmek yerinde olur. Tebliğ durumunun BGB §130 I uyarınca, irade açıklamasının ulaşmasından bir farkı yoktur; burada da ulaşma için bilebilmek (Kennen-Können) yeterlidir.

⁴⁹ Bkz: Yukarıda dn.28

⁵⁰ Jauernig, s.64; BGH, buna rağmen taraflara bildirilmeyen bir duruşmada tefhim edilen hükmün varlığını kabul etmiştir. (BGHZ 10,327 vd.; BGHZ 14,39 vd.)

⁵¹ Jauernig, s.64

yöntemine güvenmişlerdi. İlan edilen, açıklanan kararın hukuki bir hiç olduğuna güvenmişlerse o zaman tarafların hatalı güvenleri korunamaz. Burada kanıtlanıyor ki yukarıda değinilen isnad konusundaki öğretinin amaçlarında hükmün varolmayışı konusundaki „negatif“ güvenin, pozitif güvenden daha cüzi bir oranda korunmaya değer olduğu görülüyor⁵².

Hüküm, ZPO §310 II’e tebliğ yerine, öncesinde gerçekleşen yazılı yargılama usulünden sonra tefhim edildiyse, bildirim hatasına rağmen yukarıda 1a’da geliştirilen ilkeler doğrultusunda bir hüküm oluşur⁵³. Eksiklik, bildirilmenin şekliyle doğrudan ilgili değil, sadece hükmün tefhim edilebilmesi için oluşması gereken koşullardan biriyle ilgilidir.⁵⁴

Var olan kararın kabulüne yönelik tarafların haklı güveninin yerinde olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Yazılı yargılamaya katılanlar bir hükmün tebliğ yoluyla açıklandığını ve bununla oluştuğunu hesaplayabilirler, bekleyebilirler. Buna rağmen hüküm usulsüz bir şekilde tefhim edilirse taraflar hüküm fıkrasını elde edemiyorlar ama onlar tefhim gün ve saatinin tayini konusunda mahkeme tarafından bilgilendiriliyorlar. Eğer bu olursa taraflar, verilecek hükmün ZPO §310 II’ye göre re’sen kendilerine tebliği edileceğini bekleyemezler. Tefhim gün ve saati konusunda bir bilgi onlara ulaşmazsa beklenen kararın ZPO §310 II’ye göre verileceğini düşünerek hareket ederler. Yapılacak tefhim gün ve saati konusunda bilgi edinemezlerse taraflar beklentileri konusunda hayal kırıklığına uğrarlar. Bu durumda iki bildirim hatası birbiriyle ilintili: yazılı yargılamanın sonrasında gerçekleşen usulsüz tefhim ve tefhim gün ve saatinin bildiriminin gerçekleşmemiş olması⁵⁵.

İmparatorluk mahkemesi, taraflardan herhangi birine haber verilmeyen gün ve saatteki tefhimi etkisiz işlem ve bildirilen işlemi yok hüküm olarak

⁵² Jauernig, s.64

⁵³ Jauernig, s.64; Stein-Jonas-Schönke; §310, Bem.III 3a; 7. Basıdan itibaren Rosenberg,§ 73 III 1b;Karşı görüş: Baumbach-Lauterbach, §310,Bem. 3A

⁵⁴ Jauernig, s.65

⁵⁵ Jauernig, s.65

değerlendirmektedir.⁵⁶ Bu kararlar ilgili lehte⁵⁷ ve aleyteki⁵⁸ tartışmalar Federal Alman Mahkemesinin iki zıt kararıyla doruğa ulaştı. III. Hukuk Dairesi 12. Ekim 1953 (BGHZ 10, 327 ve devamı) tarihinde verdiği hükümde, İmparatorluk mahkemesinin görüşünü ortaya koymuş; II. Hukuk Genel Kurulu ise 07. Ekim 1953 (BGHZ 10, 327 ve devamı) tarihinde verdiği hükümle bu görüşü reddetmişti. Bu tartışma artık Hukuk Genel Kurulunun 14. Haziran 1954 (BGHZ 14, 39 ve devamı) tarihli mütemadiyen anılan, atıfta bulunulan kararıyla –umut edilir ki- nihai olarak çözüme kavuşmuş olacaktır. Genel kurul, hukuk mahkemesi kararının bildirilmesiyle ilgili öğretinin kökten bir şekilde yeniden düzenlemesi işine girişti. Bu girişimin başlangıcıyla, yürütülmesiyle ve sonuçlandırılmasıyla, tamamen başarıya ulaştığı değerlendirilmesi yapılabilir⁵⁹.

Çıkış noktasında Federal Alman Mahkemesi kendisini, İmparatorluk Mahkemesinin görüşünden, yani her usulsüz bildirim yok hüküm sonucunu doğurur görüşünden kurtarıyor. İmparatorluk Mahkemesi ceza dairesinin içtihadına⁶⁰ yakın olarak daha çok hükmün tebliğiyle ilgili önemli ve önemsiz kurallar arasında ayırım yapılmasını savunuyor. Sadece önemli kuralların ihlali hükmün oluşmasını engeller. Buna ek olarak önemli şekil şartlarını içeren kurallar hesaba katılmaktadır. Bunların karşısında da hangi koşullar altında hükmün tebliğ edilme zorunluluğu olduğunu belirleyen hukuk kuralları bulunmaktadır⁶¹. Bu sonuncusuna taraflara tefhim gün ve saatinin usule uygun olarak bildirilmesi kuralı da dahildir. **Diğer taraftan sadece tefhimle ilgili bir koşul önemsiz bir şart oluşturuyorsa, tefhim gün ve saatinin bildirilmemesi halinde dahi geçerli bir hüküm oluşmuştur.**

Tefhim gün ve saati konusunda taraflar bilgilendirilmediyseler o zaman uzun bir süre hükmün verilmiş olduğundan haberdar olamayabilirler. Bu nedenle Genel Kurul tüm bunların sonunda hükmün varlığı ile ilgili bir tereddüt oluşabilir mi diye inceleme yapıyor. Bu amaçla Yüksek Mahkeme, bir taraftan tefhim gün ve saatiyle ilgili bilgilendirme kuralının ihlali durumunda yok hükmün söz konusu olacağının

⁵⁶ Jauernig, s.65, dn.52'de anılan (RG, JW 36, 3313 vd.; JW 37,1664 vd.)

⁵⁷ Jauernig, s.65, dn. 53'de anılan (Rosenberg,JZ 54,71 vd. Ve NJW 54,109)

⁵⁸ Jauernig,s.65,dn.54'de anılan (Baumbach-Lauterbach,§ 312, Bem.1; Stein-Jonas-Schönke,§310, Bem.I 3b,c, Rosenberg,§ 73 III 1 b)

⁵⁹ Jauernig, s.65

⁶⁰ Jauernig, s.47, RGSt 71, 377(380)

⁶¹ Jauernig, s.66; BGHZ 15,142 (144); BGHZ 17,118 (121vd.)

varsayılması, diğer taraftan bu durumlarda tefhim edilen hükmün hukuki varlığını reddetmeme şeklindeki hukuki sonuçları birbiriyle kıyaslıyor, tartıyor⁶².

Genel Kurul⁶³ tarafından kararın hukuki varlığına yönelik kabule karşı açıklanan endişelerin nedeni, tarafların hükmün verilışinden haberdar olmamalarında yatmaktadır. Tarafların bilgisizliğı yalnızca tefhim gün ve saatiyle ilgili iletinin yapılmayışından kaynaklanıyor. Bu bağlamda hükmün, tefhim gün ve saatinin ilan edilmeden sözlü yargılama sonucunda mı yoksa –usule aykırı şekilde- yazılı yargılama sonunda mı verilmesi fark etmemektedir⁶⁴.

Buna göre Genel Kurulun sözlü yargılama sonrası sadece tefhimi ilgilendiren izahları bizim olayımız için de, yazılı yargılama sonrası tefhimin gerçekleşmesi açısından da, büyük önem taşıyor, hatta daha da öte, Federal Alman Mahkemesi tarafından dile getirilen mülahazalar tamamen bizim durumumuza uygunluk teşkil ediyor. Taraflar, hükmün verilışine dek yargılamayla ilgili bilgilendiriliyorlar,böylece hükmün verilmesini kural olarak öğrenirler⁶⁵. Taraflar eğer haftalaca, aylarca yargılamanın durumuyla ilgilenmezlerse bundan haberdar olmazlar, ki bu da olağan dışı bir durumdur. Verilen kararı istinaf veya temyiz için tarafların altı ay zamanı vardır(ZPO §516., 552). Kanun yoluna müracaat müddetini geçirmiş olmaya karşı bir yıl içersinde eski hale iade talebinde bulunulabilir (ZPO §324 III). Buna göre bu durumdan etkilenenler,ilgililer tefhim edilen hükmün üzerindeki en önemli yetkilerini –istinaf veya temyiz yoluna gitmeyi- kaybetmeleri için bir buçuk yıl üzerinde bir süre hükmün verilmiş olmasıyla ilgili bilgi sahibi olmamaları gerekmektedir⁶⁶.

Tarafların hükmün verilmiş olması konusundaki bilgisizliğı ZPO §320 II 3’de belirtilen süreye göre şüphesiz sertliklere neden olabilir. Bu düzenlemeye göre taraflar hükmün tefhiminden itibaren sadece üç ay içersinde düzeltme talebinde bulunabilirler. Federal Alman Mahkemesi haklı olarak bu hükmün probleminin aslında tefhim gün ve

⁶² Jauernig, s.66; BGHZ 14, 39(48 vd.)

⁶³ Jauernig, s.66; BGHZ 14, 39(50 vd.)

⁶⁴ Jauernig, s.66; dn.59: Önceden sözlü yargılama tayin edilmeden. Tefhim gününün bildirilmesinde, sözlü yargılamanın tayin edilmemiş olması doğaldır. Sözlü yargılamanın tayini, hükmün temelini oluşturmaya hizmet eder; tefhim gününün bildirilmesi bu amaca hizmet etmez

⁶⁵ Jauernig, s.67, dn. 60: Uygulamada çoğunlukla taraflara, hükmün içeriğinden haberdar olmaları için, tefhim olunan hükmün tamamı şekle bağlı olmadan bildirilir.

⁶⁶ Jauernig, s.67

saat bildiriminin gerçekleşmemesiyle ilgili olmadığı konusuna dikkat çekmektedir⁶⁷. ZPO § 320 II 3 katı bir şekilde yorumlandığında hüküm, ZPO § 320 II 3'de tanınan üç aylık süre içerisinde iptal edilmese bile sertliklerin olduğu tassavvur edilir; sadece bu nedenle bile ZPO'nun §320'deki uyarıcı bilgi çok büyük önem taşıyor⁶⁸. ZPO'nun §717. Maddesinden de tefhimin gün ve saatiyle ilgi bilgilendirmenin gerçekleşmemesine rağmen hükmün oluşacağı şeklindeki kabule karşı bir sonuç çıkmamaktadır⁶⁹.

Şu sıra bu maddenin uygulanması –Federal Alman Mahkemesinin de değindiği gibi- hükmü icraya koyan taraf açısından hakkaniyetsizliklere neden olabilir; çünkü bilgileri dahilinde olmadan kaldırılan veya değiştirilen bir hüküm icraya konuluyor ve ZPO'nun §717. 2. ve 3. Fıkrasına göre de zararın tazminiyle veya kazanımın iadesiyle yükümlü olabilir. Bu isabetsiz sonuç, tarafın mahkemeye hükmün gerçekleşip gerçekleşmediğini öğrenmek için sormasıyla kolayca bertaraf edilebilir. Federal Alman Mahkemesi –haklı olarak- ZPO §717. I'in genelde pratikte ciddiye alınmayacağına işaret etmektedir⁷⁰; yoksa taraflar ve onların temsilcileri her halukarda usule uygun tefhim gün ve saati bildirimine de uzak duruşları anlaşılamaz olurdu.⁷¹

Neticede Rosenberg⁷² tarafından, hükmün içinde ZPO §890 II'ye göre yer alan ceza tehditinin borçluya karşı, tefhim konusunda bilgisi olması gerekmeden etkili olabileceği şeklinde ileri sürülen diğer endişede ikna edici değil. Borçlu açısından, ceza tehdidinden bilgi sahibi olmak kuşkusuz tutum ve davranışlarını ayarlayabilmesi için çok önemlidir. Ancak literatürdeki ve içtihadlardaki hakim görüş –haklı olarak- borçlunun bilgilendirilmesini önemsiz buluyor –gün ve saat olarak açıklanmayan tefhimle ilgisi olmayan nedenlerden dolayı. **Ceza tehditi (ZPO'un §890 II) ilamla birlikte, borçluya karşı getirilmiş bireysel ceza kanunu ile eşdeğer tutulmaktadır. Kanunkoyucunun kanun çıkarmasına eşdeğer hakim işlemi ceza kanunu için genel**

⁶⁷ BGHZ 14, 39(50 vd.)

⁶⁸ BGHZ 14, 39 (51)

⁶⁹ Jauernig, s.67

⁷⁰ BGHZ 14, 39 (52)

⁷¹ Jauernig, s.68

⁷² Jauernig, s.68, dn. 67'de anılan (JZ 54,71(72); NJW 54,109); Rosenberg, 7.basıda(§ 73 III 1b) Federal Mahkeme Hukuk Genel Kurulunun görüşüne katılmıştır.

geçerliliği olan şartlar altında geçerli olur⁷³. Bu nedenle hükmün tefhimiyle ceza tehditi geçerli olmaya başlamaktadır, kararın borçluya tebliğ edilme zorunluluğu yoktur. Borçlu bu sebeple ceza tehditi konusunda bilgisi olmadan da objektif olarak aykırı davranmış olabilir. Cezalandırılması ise ancak Federal Alman Mahkemesinin ceza konularında⁷⁴ yeni verilen yargısal kararlar çerçevesinde borçlu **hukuki yanılma** yasakta yanılma(Verbotsirrtum) anlamında bir davranışta bulunduyorsa mümkün, yani o zaman cezalandırılır⁷⁵. Bu nedenle borçlu, eğer ceza tehditi içeren hüküm, taraflara bildirilmeyen gün ve saatte tefhim edildiyse ve kanuna aykırı hareket bundan kıyaslanarak kısa bir süre sonra gerçekleştiyse ceza almadan kurtulmuş olacaktır⁷⁶.

Tarafların bakış açısından da tefhiminden haberdar olmadıkları bir kararın varlığına karşı tereddütleri ortaya çıkmamakta; bildirim ister, sözlü yargılama sonucu, isterse öncesinde yazılı yargılama gerçekleşmiş olsun. Tarafların bu örnekte de negatif olan güveninin sarsılması durumunda yukarıda ortaya koyulan sonuçlar sebebiyle korunmaya hakkı yoktur⁷⁷.

E.Hatalı Bildirilen Hükümün Bertaraf Edilmesi

Bu bölümün sonunda oluşan resmin tamamlanması açısından tarafların yukarıda değinilen hatalı hükümlerin bertaraf edilmesi mümkün olup olmadığı ve mümkünse hangi kanun yoluyla bunu gerçekleştirebilecekleri sorularını cevaplamaya çalışacağız.

ZPO §310 II'ye göre sözlü yargılama sonunda tebliğ edilen veya yazılı yargılamanın sonunda tefhim edilen hükme karşı bir kanun yolu gerekçesi oluşmamaktadır.

Usulsüz bildirim, önceden gerçekleşmiş sözlü veya yazılı yargılamadan karar içeriğinin temel oluşturması kabiliyetini almıyor. Bu sebeple istinaf yolu gerekçelendirilmiş olmuyor⁷⁸.

⁷³ Jauernig, s.68, dn.68'de anılan(OLG Frankfurt, ZZP 67,70 (71))

⁷⁴ Jauernig, s.68, BGHSt 2,194(195); 3, 342(343); 4,1 (5)

⁷⁵ Jauernig, s.68

⁷⁶ Jauernig, s.69

⁷⁷ Jauernig, s.69

⁷⁸ Jauernig, s.69

Temyiz yolu da aynı zamanda gerekçelendirilmiş olmuyor. Ne ZPO §551'e göre mutlak bir temyiz nedeni bulunuyor⁷⁹, ne de hüküm bildirim kusuruna dayanıyor. Kuralın ihlaliyle karar içeriği arasındaki ve ZPO §549'da aranan hukuki nedensellik değerlendirme dışı kalıyor; çünkü bildirinin formunun bildirilen hükmün nesnel, maddi içeriğine (sachlicher Gehalt) herhangi bir etkisi olamaz⁸⁰.

Hüküm önceden gerçekleşen yazılı yargılama sonunda tebliğ edildiyse ve ZPO §128 II' de belirtildiği şekilde tarafların onayı eksikse, Baumbach-Lauterbach'a göre⁸¹ tarafların dinlenmesi ilkesi ihlal edilmiş, o nedenle de ZPO §551 5'e göre temyiz ve ZPO §579 I 4'e göre de butlan davasının gerekçeleri oluşmamaktadır. Buna benzer bir görüşü Rosenberg de ders kitabının 6. baskısında savunuyor⁸². Kendisi mahkeme huzurunda dinlenmeyle (Rechtliches Gehör) ilgili hak ihlalini iddia etmiyor, ancak bir hüküm, taraflar sözlü yargılamadan vazgeçemedikleri halde ZPO §310 II. Maddesine göre yazılı yargılama sonucu tebliğ edildiyse, Baumbach-Lauterbach gibi ZPO §551 5. Maddesini ve §579 I 4. Maddesini uygulamak istiyordu. Rosenberg⁸³ yazılı yargılamada eksik olan onayı, etkisiz⁸⁴ olanla eşdeğer kılıyor ve Baumbach-Lauterbach tarafından savunulan görüşün ötesine geçmiş oluyordu.

Bu görüşler ikna edici değildir.

ZPO'nun §551 5 ve §579 I 4. uygulanmak istenmesi hatalıdır. Eğer tarafların yazılı yargılama için onayları eksik ise bundan „taraflardan birinin yargılamada kanunun ön gördüğü şekilde temsil edilmediği“ sonucu çıkarılmaz. Tarafların „temsili“davadaki duruşlarına zaten dokunuyor ve temsilcisinin dava ehliyetini (Prozeßfähigkeit) ve temsil gücünü etkiliyor. ZPO'un § 128 II göre onayın verilmesi bütün davayla ilgili değil, sadece sözlü yargılamadan bir sonra verilecek karara kadar vazgeçildiğini içeriyor ve böylece belirli bir dava durumuna yöneltiyor.⁸⁵

⁷⁹ Jauernig, s.69,dn.74: Benzer sebeplerden dolayı ZPO §579 uyarınca butlan davası verilmemiştir.

⁸⁰ Jauernig, s.69

⁸¹ Jauernig, s.69,dn.77'de anılan(§ 128, Bem. 6 D)

⁸² Karş: 6. Bası,§ 108 II 1 e

⁸³ Karş: 6. Bası,§ 108 II 1 e; 7. Bası,§ 108 II 1 f

⁸⁴ Jauernig, s.70, dn. 81: Rıza, eğer bir koşula bağlı ise etkisiz sayılır. Aynı yönde:RGZ 151,193 (195); BGHZ 18,61(62)

⁸⁵ Jauernig, s.70

Sırf bu derin farklılıktan dolayı ZPO §551 5 ve §579 I 4'ün kıyas yoluyla uygulanması mümkün değildir ⁸⁶. Bu nedenle Baumbach-Lauterbach tarafından sunulan, tarafların onayı olmadan yürütülen yazılı yargılamanın hukuki dinlenme hakkı konusunda ihlal içerdiği gerekçesi, kıyas olasılığını da ortadan kaldırmış oluyor. Eğer taraflar yargılamada, yasa da belirtilen kurallara göre temsil edilmiyorlarsa o zaman tabii ki mahkeme önünde dinlenmeleri de temin edilmemiş olur. ZPO §551 5 ve §579 I 4 hukuki dinlenme hakkının ihlalini yalnızca bu tek örnekte ele alıyor, ama bu yargılama eksikliğini mutlak bir temyiz nedeni olarak görmüyor ve hiçbir şekilde de butlan davası ⁸⁷ için bir temel olmasına da izin vermiyor. Sadece Hakem kararlarına karşı (ZPO §510 c) butlan davası, tarafların birine yargılama sürecinde hukuki dinlenme hakkı tanınmamışsa gerçekleşir (ZPO § 579 III 1) ⁸⁸.

Tarafların yazılı yargılama hakkındaki onayı, hukuki dinlenme hakkı talebi ile sadece şu bakımdan ilgilidir: **Taraflar hukuki dinlenme hakkından kural olarak feragat edebilirler ve feragat edilen husus bizzahati sözlü yargılamadır.** Bu nedenle sözlülük ilkesini (Mündlichkeit), mahkeme önünde dinlenme hakkının özel bir görünümü olarak adlandırmak mümkündür. Taraflar sözlü yargılamadan vazgeçemediyse böylece yazılı yargılama sözlülük ilkesini ihlal edecektir ⁸⁹. Çünkü ZPO §128 II'de yaratılan hukuki ihtilaf hakkında sözlü açıklamadan vazgeçilmesi imkânına rağmen, Muhakeme Usulü Kanunu ısrarla „olayın hızlı ve güvenli bir şekilde açıklık kazanması, aydınlatılması için, ve ihtilafın olaya uygun, doğru şekilde karara bağlanması açısından sözlü yargılamanın genel olarak en uygun teminatı oluşturduğu prensibi ve bu yüzden sözlü yargılamanın kural olarak dikkate alınması gerektiği prensibi üzerinde durmaktadır ⁹⁰.

Sözlülük ilkesinin prensip açısından ihlali önemli yargılama kusuru teşkil eder; çünkü bu yargılama kusuru birinci derecedeki yargılamanın, hükmün temeli

⁸⁶ Jauernig, s.71; BGHZ 17,118 (121):Taraflar, yazılı yargılama yöntemini kabul etmiş, ancak bu mahkeme tarafından caiz görülmemişse; ZPO §551 5'in uygulanması kabul edilmemektedir. Jauernig'e göre, buna benzeyen bir uygulama ancak, eksiklik tarafların yargılamadaki duruşundan kaynaklanıyorsa; mümkün görülmektedir. Örneğin, taraf ehliyetinin veya tarafın mevcut olmaması. Bu konu tartışmalıdır.

⁸⁷ Karşı: ZPO §579

⁸⁸ Jauernig, s.71

⁸⁹ Jauernig, s.71

⁹⁰ Jauernig, s.72; BGHZ 18, 61(61 vd.)

olmasını engellemektedir⁹¹; bu sebeple istinaf için gerekçe oluşmuş bulunuyor.⁹² İstinaf Mahkemesinin itiraz edilmiş hükmü ve kusurlu yargılamayı ortadan kaldırması gerekir, ve ZPO §539'a göre davayı yeniden görüşülmek üzere geri çevirebilir veya ZPO §540'a göre kendisi karar verebilir⁹³.

Eğer itiraz edilen karar, sözlülük ilkesinin ihlali ile ilgiliyse –veya kısaca ZPO §128 II'ye aykırıysa⁹⁴- ancak temyiz hakkı doğar (ZPO §549)⁹⁵. Somut olayda tarafların sözlü yargılama sırasında müteakip ikame imkanları engellendiyse bu imkan ortaya çıkabilir⁹⁶. Sunulabilecek herşeyi taraflar istinaf derecesinde yazılı sunmuşlar ise temyiz hakkı gerekçelendirilmemiş olacaktır⁹⁷.

Butlan davası haklı görülmez; zira sözlülük ilkesinin ihlali, ZPO §579' da tahdidi⁹⁸ olarak sayılmış butlan davası sebeblerine dahil değildir⁹⁹.

ZPO §128 II Maddesinin ihlali, ZPO §295'e göre feragat ile düzeltilebilir. Yazılı yargılamanın başlamasıyla taraflar bu prensibin dikkate alınmasından vazgeçebilirler, feragat edebilirler¹⁰⁰. Böylece kusur, „iyileştirilmiş, düzeltilmiş“ olmaktadır ve kanun yoluna müracaat için kullanılamamaktadır¹⁰¹.

⁹¹ Jauernig, s.72

⁹² Jauernig, s.72, dn.90'da anılan (Stein-Jonas-Schönke § 128, Bem. VI)

⁹³ Jauernig, s.72;dn.91'de anılan (Jonas,JW 32,1982)

⁹⁴ Jauernig, s.72; BGHZ 18,61 (63)

⁹⁵ Jauernig, s.72,dn.93'de anılan (Rosenberg, § 108 II f); BGHZ 17, 118 (121); BGHZ 18,61 (62 vd.)

⁹⁶ Jauernig, s.72 ve dn. 94' de anılan (Jonas, JW 32, 1982)

⁹⁷ Jauernig, s.72, BGHZ 17, 118 (121 vd.)

⁹⁸ Jauernig, s.72; Baumbach- Lauterbach, § 579, Bem.1; Rosenberg,§ 73 II 2

⁹⁹ Jauernig, s.72 ve s.71, dn. 87: Kesin hükümt eşkil eden bir karara karşı anayasal şikayet yolu ile itiraz edilebilir, meğer ki itiraz Anayasanın 103. Maddesinin 1. Fıkrası uyarınca hukuki dinlenmenin reddine dayansın (BVerfG, NJW 56, 985)

¹⁰⁰ Jauernig, s.73, Aynı yönde: Jauernig, s.73, d.98' de anılan (Jonas, JW 32, 1982); Stein-JonaSchönke,§ 128, Bem. VI, VIII 3;§295, Bem. II 2b; §310, Bem. I 3a;Rosenberg,§ 75 I 2; Karşı görüş: Baumbach-Lauterbach,§ 128,Bem. 6 D; Yazarlar hukuki dinlenme hakkının vazgeçilmez olduğu görüşündedirler.(§ 285,Bem. 3 B)

¹⁰¹ Jauernig, s.73, dn.99'da anılan (Rosenberg,§ 73II 3b; § 75 III)

§8 Tefhim Edilme Durumunda Aidiyet İçin Gerekli Diğer Koşullar

A.Celse Tutanağı

Yılmaz¹, tutanak kelimesini;politik ve idari kurullarda,ortaklık,dernek, toplantılar ve diğer kurullarda geçen görüşme aşamalarını ve kararları,yargılamada yapılan işlemleri, tarafların istemlerini ve diğer konuları kapsayan, ilgililerin imzasını taşıyan belge olarak tanımlamıştır.

HUMK m.151'e göre zabıt katibi hakimın denetimi ve gözetimi altında soruşturma ve yargılamanın yürüyüşünü tutanağa yazar.Tutanak,mahkemenin ve hakimlerin adlarını ve yargılamanın yapıldığı yeri, duruşmanın açıldığı gün ve saati, iki tarafın vekillerinin adlarını, yapılan yargılama ve işlem ile iki tarafın ne gibi belgeler gösterdiklerini,yargılamanın kamuya açık,aleni yapıldığını veya kamuya açıklığın ortadan kaldırılmasını gerektiren nedenleri, ikrarı, sulhu, davaya kısmen veya tamamen son veren feragati, iddia ve avunmaların özetini, tanıkların ifadelerini,bilirkişilerin açıklamalarını,uyuşmazlık konusunun keşif ve muayenesi durumunda rapor özetini,verilen kararla, tefhim (sözlü açıklanış) biçimini içerir.Tutanağın,tanıkların ve bilirkişilerin ifadelerini ve iki tarafın ikrar, sulh ve feragatine ilişkin kısımları,bunların huzurunda okunarak kendilerine imza ettirilir.

HUMK m.153'e göre, şifahi muhakemenin tarzı cereyanı ancak zabıtname ile ispat olunabilir.

Hükümün tefhimi bir tutanak ile tespit edilir(ZPO § 160 Abs.3 Nr.7) ve sözlü yargılama için öngörülen merasime tabiidir(ZPO § 165).Tefhim hüküm fıkrasının okunması şeklinde(ZPO §311 Abs.2) ya da hüküm fıkrasına dayanılarak gerçekleştirilmişse(ZPO 311 Abs.4) tefhimi tutanak ile tespitine ihtiyaç gerek kalmaz².Tefhimin konusunun muhakkak tutanakta veya tutanakta gösterilen ekte belli olması gerekir. Hüküm fıkrasının eki duruşmadan sonra yapılmış olsa bile,ekteki hükümün tefhim edildiğine dair tutanakta yer alan derkenar(Vermerk) yazılı olarak tespit edilmiş olan hüküm fıkrasının tefhim edildiğinin belgesidir.Eğer tutanak ZPO §163 Abs. 1S.1'e aykırı olarak, sadece hakim tarafından imzalanmış, zabıt katibi tarafından

¹ S. 149

² Stein /Jonas/ Leipod,§ 310,Rdnr. 18; BGH NJW 1985,1782,1783

imzalanmamış ise ispat yerine getirilmemiş olur. Eğer tefhim tutanak ile tespit edilmemişse,hüküm gerçi etkisiz değildir; ispat eksikliği(ZPO §165) nedeniyle hükmün etkili çıktığı,verildiği ve salt bir hüküm tasarısı olmadığı ispat edilemez³.

Hüküm, hüküm fıkrasının tebliğ edilmesiyle veriliyorsa o zaman doğal olarak hükmün varlığı da tebliğ edilebilir, tebliği kabil bir yazının,vesikanın mevcut olmasına bağlıdır.

Hükmün tefhiminde yazılı derlenen, tanzim edilen⁴ hüküm fıkrasının sesli, yüksek sesle okunması gerekir (ZPO §311 II). Hüküm fıkrasının kağıda dökülmesi, sabitlenmesi bir esaslı şekil şartı değildir, onsuz da bir hüküm varolabilir⁵. Onun (sabitlemenin) görevi tefhim edilen ve sonrasında dosyaya eklenen hükmün birbirine uygun olmasını sağlamaktan ibarettir⁶.

Tefhim edilen hüküm fıkrası ve yazılı hükmüne geçen şekil (Formulasyon) birbirini tutuyorsa, hüküm belgelerinde sadece bir taslak (görünüşte hüküm) değil, var olan mevcut bir hüküm söz konusudur. Eğer cümle bağlantıları ve cümle kuralları gibi tamamen küçük, önemsiz ayrıntılar hükmün anlamını değiştirmiyorsa ufak tefek farklılıklar zararsızdır⁷.

Hüküm fıkrasının sesli olarak okunmadan tefhim edilmesi halinde, gerçi bir hatalı tefhim söz konusudur ancak bu hatanın her hangi bir etkisi yoktur⁸. Bu durum,özellikle de yukarıda §5’de ortaya koyulan nedenlerden ötürü kanun yoluna müracaat için gerekçe oluşturmaz⁹.

Yazılı hüküm fıkrasının ortaya konulması tefhimin bir bölümünü oluşturmuyorsa ve böylece hükmün oluşması için bir koşul teşkil etmiyorsa, o zaman hükmün mevcut olmasını sağlamak için hükmün tamamının veya kısaltılmış şeklinin

³ Stein/Jonas/Leipod.§ 310 , Rdnr.18

⁴ Jauernig, s.73,dn.1’de anılan(Stein-Jonas-Schönke, § 311, Bem. I 2)

⁵ Jauernig, s.73; Aksi görüş,dn.2’de anılan Stein-Jonas-Schönke, § 311, Bem. III: Eğer,§311 Abs.2’deki şekle uygun tefhim gerçekleşmemiş ise,§ 313’e uygun olarak dosyaya konulan yazı bir hüküm tasarısıdır,hükmün aslı değildir.

⁶ Jauernig, 73,dn.3’de anılan (Stein-Jonas- Schönke, §311, Bem. I 2)

⁷ Jauernig, s.73; RGSt 16, 347 (349); 71, 377 (379)

⁸ Jauernig, s.73; Aynı şekilde:dn.5’de anılan(Rosenberg, § 56 I 1b)

⁹ Jauernig, s.73; RGSt 16, 347 (349):Haklı bir şekilde,mutlak temyiz sebebini ve hükmün yargılama ihlaline dayandırılmasını redetmektedir.

ortaya konulmasına (Absetzung) hiç gerek yoktur. Bu –Hein’in¹⁰ da haklı olarak gönderme yaptığı- ZPO §312 II’den çıkmaktadır. Buna göre taraflar tefhim edilen ve fakat henüz ortaya konulmamış hükmü kullanabilir, yani şimdiden bir kanun yoluna müracaatta bulunabilirler¹¹. Kanun, belirgin bir şekilde sadece tefhimle bir hükmün oluştuğundan yola çıkmaktadır.

Bir hükmün tefhiminin, ZPO §160 II 6 (yeni madde fıkra 3, bend 7) göre celse tutanağına işlenmesi gerekmektedir. Bu, ZPO § 164 anlamında sözlü yargılama için emredilen şeklilik olarak değerlendirilmekte¹² ve bundan dolayı sadece tutanakla ispat edilebilmektedir.

Buradan iki sonuç çıkmaktadır:

1. Bir kararın tefhimi için kanun tarafından tek kabul edilen (cevaz verilen) delil, celse tutanağıdır(Sitzungsniederschrift). Eğer tutanakta hükmün tefhim edildiği duruşma günü hakkında ifade yer almıyorsa tefhim ispat edilemez. Tefhim edilen hüküm, tefhimin kanıtı bulunmadığından¹³ tefhim ispatlanamadığından dolayı yok hüküm olarak değerlendirilmelidir¹⁴.

2. Eğer bir tutanak(Protokoll) mevcutsa,onun ZPO §164 2. fıkrasına göre(1974 ve 1976 da değişik) emredilen biçimsellik ile ilgili içeriğine karşı sadece sahteliğin ispatı caizdir. Kanun tarafından emredilen bu ispat kuralı delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır¹⁵ (ZPO §286). Bu şu demek oluyor:

Tek caiz kanıt unsuru olan “celse tutanağında” bir kararın tefhimi belirtiliyorsa, kaydedilmişse, hakim bu belgelendirmenin doğruluğu veya yalnışlığı konusundaki

¹⁰ s. 307

¹¹ Jauernig, s.74, dn.8: 1924 tarihli değişiklikten beri, temyiz ve istinaf hükmün tebliğinden sonra değil, tefhiminden itibaren caizdir.

¹² Jauernig, s.74; Goldschmidt, Zivilprozeßrecht,s.165; Hellwig, System, I,§ 169 IV 2b; Lent,Zivilprozeßrecht, s.211; Rosenberg, §65 III 4; Stein- Jonas- Schönke, § 164, Bem. I

¹³ Jauernig, s.74,dn10: Burada sözkonusu olan,sadece tefhimin ispatı ve bununla hükmün varlığının ispatıdır. Kararın maddi anlamda oluşması, tutanağa geçirilmesine bağlı değildir.

¹⁴ Jauernig, s.74; Goldschmidt, Prozeß, s.450;Jauernig,s.74,dn.11’de anılan(Rosenberg, § 65 III 4, §111 II 2; Stein- Jonas-Schönke,§ 164, Bem.II 1)

¹⁵ Jauernig, s.74,dn.12’de anılan(Stein-Jonas-Schönke, § 164, Bem. I ; Baumbach- Lauterbach, § 164,Bem. I A)

kanaatine bakılmaksızın kararın tefhim edildiği sabittir; celse tutanağında böyle bir tesbit yoksa bir kararın tefhim edilmediği kanıtlanmış olur¹⁶.

Alman Federal Mahkemesi 5. Ceza Dairesinin¹⁷, ilgili tutanak kaydının eksikliği durumunda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunun(StPO) §274'deki (ZPO §164) ispat kuralının uygulanamayacağı ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin geçerli olduğu görüşü yanlıştır¹⁸. **Alman Federal Mahkemesi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu §274 ve ZPO §164'ün tek ispat aracı olarak celse tutanağını tanıdığını¹⁹ ve celse tutanağının eksikliğinde veya ilgili tutanak kaydının eksikliğinde hiçbir şeyin serbestçe takdir edilemeyeceğini görememiş, hatta yargılamanın şekliliğinin dikkate alınmayacağını kararlaştırmıştır²⁰.**

ZPO §164'de hükmün tefhiminin kanıtlanabilirliği düzenlese de, hala ispat zorunluluğunun ne zaman ortaya çıkacağı açık değildir. Britanya İşgal Bölgesinden Sorumlu Yüksek Mahkeme²¹ ZPO §164 anlamında biçimselliğin korunması, tutanağın açıkça bunun tersini ifade etmesine rağmen, hiçbir taraf tarafından sorgulanmadığı takdirde, ispatın gerekliliğinin yok sayılabileceğine inanıyordu. Yüksek Mahkemeye göre, hükmün tefhimi taraflar arasında ihtilafsız ise, tutanakla kanıtlanmasının bir önemi kalmamaktadır²².

Bu yargısal karar, literatürde haklı olarak reddedildi²³. Bir kararın, özellikle de bir hükmün tefhimi yargılamanın re'sen dikkate alınması gereken bir biçimselliğidir²⁴, ki bunun dikkate alınması ile hükmün oluşup oluşmadığına karar verilmektedir. Hükmün oluşmasında tarafların hiçbir etkisi yoktur²⁵. Bu sebeple tarafların, dolaylı yoldan tek geçerli kılınan kanıt olan celse tutanağına itiraz etmeyerek, yargılamadan

¹⁶ Jauernig, s. 75,dn.13'de anılan(Stein –Jonas- Schönke, §310, Bem. I 3c; Baumbach- Lauterbach, §164, Bem.1 A, §310, Bem. 1 A; Rosenberg,§ 73 III 1b, § 56 I 1b); Hein, s. 313

¹⁷ BGHSt 4, 364 vd.= NJW 53, 1925 (1926)

¹⁸ Jauernig, s.75

¹⁹ Jauernig, s.75,dn.16'da anılan (OLG Hessen, SJZ 47, 443)

²⁰ Jauernig, s. 75

²¹ Jauernig, s.75, dn. 18'de anılan(OGHZ 1,286,288)

²² Jauernig, s.75,dn.19'da anılan(OGHZ 1, 235,236)

²³ Jauernig, s.75;,,dn.20'de anılan (Stein- Jonas-Schönke,§ 164, Bem.II 1; Baumbach- Lauterbach,§ 164 Bem. 2)

²⁴ Jauernig, s.76; BGHZ 10, 327 (329)

²⁵ Jauernig, s.76

elimine ederek, hükmün var olması veya olmamasıyla ilgili bir karar vermelerinin yasaklanmış olması gerekir. Tarafların tutumu, hükmün oluşumunda da varlığının kanıtlanmasında da önem teşkil etmemektedir. Bundan, tarafların tutumuna bakılma gereği duyulmadan tefhimin ispatının gerekliliğinin bulunduğu ortaya çıkıyor, yani taraflar tefhime itiraz etmeseler bile tefhimin ispatı zorunludur. Mahkemeyi “re’sen inceleme” için harekete geçirmeye yönelik bir talepte bulunmalarına bile gerek yoktur²⁶, çünkü celse tutanağı mahkeme dosyasında bulunmaktadır²⁷. Öyle ki ne denetim için temel teşkil edecek vakıaların re’sen ortaya konulmasına, ne de onların varlığının re’sen incelenmesine gerek vardır²⁸. Mahkeme burada da daha ziyade –her re’sen araştırmada olduğu gibi- “ona sunulan veya herkes tarafından bilinen malzemeyle” kendisini sınırlandırıyor²⁹.

Jauernig’e³⁰ göre, tefhimle ilgili bir tutanak tamamen eksik ise veya usulüne uygun tutulan bir tutanakta kararın tefhimiyle ilgili bir kayıt bulunmuyorsa, bir kararın, özellikle de bir hükmün var olmadığı kanıtlanmaktadır. Buna rağmen hükmün nüshaları/örnekleri veya suretleri yapılırsa da –ispat kurallarına uygun olarak!- var olan kararın görüntüsü niteliğindedirler.

Rosenberg/Schwab/Gottwald³¹’e ve Federal Mahkemeye³² göre; tefhim edilen ama tutanağa geçirilmeyen hüküm vardır, mevcuttur. Hükmün varlığı tutanağın eksikliği nedeniyle ispatlanabilir değildir. Tutanak altındaki imza daima ,her zaman telafi edilebilir. Hatta temyiz aracılığıyla bu eksikliğe itiraz edilebilir.

²⁶ Jauernig, s.76; RGZ 160, 338 (346 vd., 348)

²⁷ Jauernig, s.76, dn.24: ZPO § 164, yalnızca sözkonusu olan kararın verildiği hukuki uyumsuzluk çerçevesinde geçerlidir. Stein- Jonas-Schönke § 164, Bem. II 1; Hellwig, System, I, §169 IV 2. Bir başka yargılamada, diğer bir davada bir kararın tefhim edilip edilmediği hususunda tartışma çıkarsa, bu yargılamada delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi geçerli olur. Stein- Jonas- Schönke § 164, Bem.II 1, N.12

²⁸ Jauernig, s.76; RGZ 160, 338 (346vd., 348)

²⁹ Jauernig, s.76; RGZ 160, 338 (346vd.)

³⁰ S.76

³¹ §60 I 2

³² BGH NJW 1958,1237

B.Celse Tutanağının Düzeltilmesi

Tutanağın yapılmamış veya usulüne uygun düzenlenmemiş olmasının uygulamadaki anlamı/değeri elbette azdır. Tutanak doğru şekilde sonradan ikmal edilebilir. Böylece artık gerçekten yapılmış tefhim kanıtlanabilir³³.

Şüpheli olan yegane husus şudur: Eğer celse tutanağına dayanarak, itiraz edilen bildirinin tutanağına geçirilmediği ve bu nedenle tefhim edilmediği ve bundan dolayı hükmün yok hüküm olduğu gerekçesiyle bir kanun yoluna başvurulmuşsa; hükmün tefhiminin sonradan tekrarlanan ,düzeltilecek zaptı geçirilmesinin dikkate alınıp alınmayacağıdır. Bu durumda tutanağın düzeltilmesinin usulen dikkate alınıp alınmayacağına ilişkin endişe oluşuyor, çünkü ileri sürülen usuli itiraz temelsiz kalmakta, böylece kanun yoluna yapılan müracaat da rededilmiş olmaktadır.

Bu sorunun çözümü, kanun yoluna müracaat edilmesi suretiyle veya kanun yoluna müracaat gerekçesindeki yargılama ihlalinin ortaya konulması suretiyle, tutanağın veya mevcut tutanaktaki kaydın yokluğu bağlamında itiraz eden tarafın aleyhine yönelik tutanak düzeltimiyle değiştirilmemesi gereken, bir usuli durumunun yaratılmasına bağlıdır. Bir diğer deyişle; itiraz edenin itirazının temelini yok edecek, bu sonradan yapılan/tekrarlanan tutanağın dikkate alınmamasını isteme yönünde usuli bir hakkı var mıdır? Bu bağlamda tutanağın tamamen yeninden düzenlenmesi veya var olan tutanağın tamamlanması veya düzeltilmesi hiç fark etmemektedir. Bunu şuradan çıkartabiliyoruz: ZPO §164 sadece tutanağı delil olarak kabul ediyor, sonradan ikmalen düzenlemesi (Anfertigung) de tefhim için mümkün tek delili oluşturuyor ve diğer açıdan da tutanağın değerlendirmesi için ZPO §164 yasal bir ispat kuralı getirmiş oluyor. Buna göre, belgelenmeyen işlemlerin gerçekleşmemiş olarak görülmesi kabul edilir³⁴.

³³ Jauernig, s.76, dn.27'de anılan (Stein- Jonas-Schönke § 159, Bem III 3,§ 164, Bem. II 1; Baumbach-Lauterbach,§ 159, Bem.1 B,§ 164, Bem. 1 B, Rosenberg,§ 65 III 4,§ 56 I 1b); RGZ 148,151(153); 160,359(360). Jauernig, s.76, dn.27: İmparatorluk Mahkemesinin ceza davaları ile ilgili içtihatları başlangıçta aynı değildi.2. Ceza Dairesi tutanağın imzalandıktan sonra, tutanaktan sorumlu iki kişi tarafından (Başkan ve zabıt katibi) düzeltilmesini usule aykırı bulmuştur.(RGSt 8,143; 17,348) İkinci Ceza Dairesi daha sonra bu içtihadından dönmüş, tutanağın düzeltilmesini zaman sınırı olmaksızın kabul etmiştir. Böylece, daha önceleri 3. Ceza Dairesi (RGSt 3,47) tarafından savunulan görüşe katılmıştır.

³⁴ Jauernig, s. 77

Tutanak üzerinde sonradan yapılan düzeltme ve eklemelerin dikkate alınması, ki bu sonradan yapılan düzenlemeyle eş değerdedir, İmparatorluk Mahkemesinin Ceza Kurulu tarafından incelendi ve temyiz gerekçesinin ulaşmasından sonraki zaman için – önce- reddedildi.

Bu görüşün ayrıntılı gerekçesini Ceza Daireleri Genel Kurulunun 13. Ekim 1909 tarihinde verdiği kararda bulmak mümkündür. Orada şu görüşler ileri sürülmektedir: Duruşma tutanağı –kanıtlanabilir sahtecilik hariç tutulmak suretiyle- diğer deliller gibi bir delil değildir³⁵. Tutanakla adeta bir şekilde kanun sayesinde gerçek hayat olayının aslında nasıl olduğuna ve başka kanıtlarla başka bir şeyin kanıtlanıp kanıtlanmayacağına bakılmaksızın bir hayat olayı oluşturuluyor. Hakimin, esas yargılamanın yapıldığı duruşmanın tutanakta düzenlendiği gibi yaşandığını kabul etmesi yasal bir zorunluluktur. Tutanağın düzeltilmesinin caiz olmaması, itiraz edene celse tutanağıyla yanlışlığı ispatlamasına hak sağlamıyor. Usuli yetkinin fiilen gerçeğe aykırı amaçlar için kötüye kullanılması ihtimali, tutanak eklemelerinin sınırsız bir şekilde yapılmasına izin verilmesi halinde olur. Kanun, tutanağa karşı bir karşı ispata müsaade etse de bunda bir değişiklik olmaz. Duruşma tutanağının gerçek dışı olduğunu ispatlama açısından sağlanan yegane imkan, usuli yetkinin kötüye kullanılmış olmasıdır. İtiraz edene, protokolün dayandığı hükmün iptali ve itiraz edilen yargılama yanlışlığının ispatını hakkı tanınmış olsa, o zaman kendi dayandığı (ve sadece tutanakla yaratılmış!) hayat olayının her bir değişikliğine karşı gelme hakkı da olmalıdır. Açık bir hüküm olmamakla birlikte, bir norm yaratılarak, itiraz edene, temyiz gerekçelerini sunduktan sonra itiraz temellerinin değişmeden kalması yönünde usuli bir hak tanınmalıdır. Bunun sonucu olarak, hakimin de ikmal edilmiş esas duruşma tutanağını dikkate alma durumunda olmayacağı kabul edilmelidir. İmparatorluk başsavcısı, ceza genel kurulunun önünde itiraz edenin , zabıt katiplerine esas duruşmada işlem süreçlerini, yaşanan olayları, doğru ve eksiksiz şekilde tutanağa işledikleri konusunda güvenebilmesi gerektiğini ileri sürdü ³⁶. Ayrıca tutanaklara yapılan eklemelerin kabulüne karşı, önemli psikolojik bir tereddüt bulunmaktadır. Dava katılımcılarından birinin yol açtığı her tutanak düzeltmesi, zabıt katibinin sınırlı hatırlama yetisi

³⁵ Jauernig, s.78; RGSt 43,1 (3 vd.)

³⁶ Jauernig, s.78; RGSt 43, 1 (2 vd.)

nedeniyle esas duruşmadaki işlem süreçlerinin hatalı olarak ortaya konulması tehlikesini de beraberinde getirecektir³⁷.

Ceza dairesinin bu yargısal kararlarına İmparatorluk Mahkemesinin Hukuk daireleri³⁸ uydu. Bu bağlamda burada Hukuk Muhakemeleri Usulüyle, Ceza Muhakemeleri Usulü arasında çok önemli ve temel bir farka işaret etmek gerekiyor. İmparatorluk Mahkemesinin Ceza daireleri itiraz edenin temyiz mercii için usuli bir hakkının varlığından yola çıkıyorlardı; -görüldüğü kadarıyla- benzer bir haktan istinaf mercii için söz edilmiyordu. Bu, ceza yargılamasında bugün de sadece temyiz gerekçelendirilmesi gerektiğini, istinafin gerekçelendirmesinin ise gerekmediğini³⁹ ve itiraz edenin usuli hakkının ancak kanun yolu gerekçesinin ulaşmasıyla oluştuğunu açıklamaktadır⁴⁰.

Medeni yargılama hukukunda hukuki durum farklıdır. Burada sadece temyiz değil, aynı zamanda istinafin da gerekçelendirilmesi gerekmektedir⁴¹. Böylece itiraz eden her durumda bir kanun yoluna başvurma gerekçesi sunmak durumundadır. Buradan hareketle kanundan ötürü her durumda bir şart oluşmaktadır. Bu şartın varlığını İmparatorluk Mahkemesi, itiraz edenin “usuli hakkı”nın oluşmasına bağlamıştır: Gerekçe yazısının mahkemeye ulaşması. Usuli hakkın oluşması için gerekçe yazısının mahkemeye ulaşması gerekir. Bu nedenle İmparatorluk Mahkemesinin bakışı açısından medeni yargılamadaki istinaf mercii için de düşünülen anlamda bir “usuli hakkın” olumlu karşılanması mümkün ve zorunludur.

Bunun sonucunda:

İstinaf, bir ilgili tutanağın eksikliğinin kanıtladığı gibi, hüküm “tefhim” edilmedi şeklinde gerekçelendiriliyorsa, o zaman tutanağın sonradan düzenlenmesi istinafi, temyizde de olduğu gibi gerekçelendiremeyecekti. Buna karşın sonradan yapılan tutanak tutulması dikkate almaya değer bulunmazsa istinaf mahkemesi için – temyiz mahkemesinde de olduğu gibi- ilk merciide bir hükmün verilmediği ispat kurallarına uygun şekilde sabitleşir. Kanun yoluna müracaat edilen mercii, itiraz edilen

³⁷ Jauernig, s.78; Karş: RGSt 70,241 (242, 243)

³⁸ Jauernig, s.79; RGZ 148,151 (153)= JW 35, 2812 vd.

³⁹ Jauernig, s.79; Karş: StPO §344 I,§ 317

⁴⁰ Jauernig, s.79

⁴¹ Jauernig, s.79; Karş: ZPO §554 I, §519 I

görünüşte hükmü (Scheinurteil) tüm yetersiz yargılamayla birlikte kaldırıp olayı önceki derece mahkemesine geri göndermek durumundadır. Bu istinaf mahkemesi için de geçerlidir; çünkü bir yok hüküm istinaf merciinin esasa ilişkin kararı için temel oluşturamaz⁴². Medeni usul literatüründe bu bağlamda genel olarak “kanun yoluna müracaat”ın önü kapatılıyor ve “itiraz edenin usuli hakkı”yla ilgili soru, sadece temyiz mercii için müzakere edilmiyor, istinaf için de ediliyor⁴³.

İmparatorluk Mahkemesinin –özellikle de ceza kurulunun- yaklaşımı, literatürde⁴⁴ çok erken bir zamanda canlı bir itirazla karşılaştı. Ancak Ceza Genel Kurulu 11. Temmuz 1936 tarihinde⁴⁵ aldığı kararla bu zamana kadar savunduğu görüşünü değiştirdi ve zaman sınırlamasına tabi tutmadan tutanğın düzeltilmesini önemli addetti. İmparatorluk Mahkemesinin Hukuk Daireleri de bu görüşe katıldı⁴⁶. İmparatorluk Mahkemesinin bu yeni yargısal kararının nasyonal sosyalist bir hukuk anlayışının neticesi olarak algılanıp algılanmayacağı –ki gerçekten de Yüksek Kurulun kararında bazı değişimler buna işaret etmekte - açık kalabilir. Ceza Genel Kurulunun 11. Temmuz 1936 tarihinde verdiği kararla ortaya koyduğu görüş netice olarak 1933’ten çok daha önce yazarlar tarafından savunuluyordu ve bu yazarların nasyonal sosyalist “hukuk anlayışının” fikri bağlamda yol gösterici kişileri olduğu konusunda bir kuşku vardı. 1933’ten sonra nasyonal sosyalist “hukuk”-düşüncesi bu sonuç üzerinde hakim ise ve bu anlayışla değerlendirme yapılıyorsa o zaman sadece ve ağırlıklı olarak nasyonal sosyalist bir düşünce birikimiyle karşı karşıyayızdır ve bu nedenle de reddedilmesi gerekir⁴⁷.

Bu sebeple hem Britanya Alanından Sorumlu Yüksek Mahkeme, hem de Federal Alman Mahkemesi haklı olarak İmparatorluk Mahkemesinin yeni duruşunun nasyonal sosyalist bir “hukuk” anlayışı olup olmadığı ve öyleyse de hangi ölçüde yansıdığı sorusunu irdelemediler⁴⁸.

⁴² Jauernig, s.79; RGZ 133, 216 (221); BGHZ 10, 327(329); 346(349); 14, 39(53); 15, 142(145)

⁴³ Jauernig, s.80,dn.36’da anılan(Stein-Jonas-Schönke §159, Bem. III 3; Baumbach-Lauterbach, §159, Bem.1 B; Rosenberg,§ 65 III 4)

⁴⁴ Jauernig, s.80, dn.37’de anılan (Bohne, SJZ 49, 762 vd.)

⁴⁵ Jauernig, s.80; RGSt 70, 241 vd.= JW 40,2265

⁴⁶ Jauernig, s.80; RGZ 164,359 (360 vd.)= JW 40,2265

⁴⁷ Jauernig, s.80

⁴⁸ Jauernig, s.81

Yüksek Mahkeme ve Federal Alman Mahkemesi Ceza Daireleri, İmparatorluk Mahkemesinin önceki yargısal kararlarına döndüler. Eğer ikame edilen usuli itirazların temellerini ortadan kaldıracaksa, kanun yoluna müracaat gerekçelerin sunulmasından sonra tutanağın zaman sınırı olmadan düzeltilmesinin dikkate alınmayacağı şeklindeki içtihadı dönüyorlar⁴⁹. Bunun gerekçelerini –İmparatorluk Mahkemesinin Birleşmiş Ceza Daireleri gibi (RGst 43, 1 ve devamı)- şurada görüyorlar: itiraz eden, eğer bir usuli itirazın ispatında tutanaktan faydalandıysa ve tutanak düzeltmesi itirazın temelini yok edecek olursa tutanak değişiminin dikkate alınmaması şeklinde usuli bir hakka sahiptir. Ancak bu şekilde tutanağın oluşumu gerekli özenle gerçekleştirilebilir ve her zaman düzeltilebilir güvencesine dayanarak özensiz davranılamaz. Bunun yanı sıra her ikisi, Yüksek Mahkeme ve Federal Mahkeme, özellikle üzerinden zaman geçmesiyle tutanakla ilgili kişilerin hafızasının zayıfladığını ve o nedenle yapılacak düzeltmenin belki de bir yanılgıyla yapılacağını savunuyorlar. Federal Alman Mahkemesine göre eğer temyiz gerekçesinin sunulmasından sonra⁵⁰ tutanak düzeltmesinin, değiştirilmesinin gerçekleşmesi engellenirse yanılgılı bir düzeltme tehlikesinin önüne geçilmiş olur⁵¹.

Bundan Federal Alman Mahkemesinin kanun yoluna müracaatın sunulmasına kadar hatalı düzeltme konusunda bir endişe taşımadığı sonucuna varılması gerekiyor. Bu biraz da keyfi olan iddia, bir şekilde ortaya koyulan saptamayla açıklanıyor: Kanun yoluna müracaatın sunulmasıyla birlikte, itiraz edenin düşünülen anlamda bir usuli hakka sahip olması gerçekleşiyor. Bu tam belirlenebilir andan itibaren ve tutanağın oluşumuyla ilgili yetkili kişilerin hafızalarının da zayıflamasıyla beraber, yanılgılı düzeltmenin tehlikesi de ortaya çıkıyor.

Hangi andan itibaren yanılgı ihtimalinin oluştuğu ise yaşanan her bir somut olayın özelliklerine bağlıdır ve hiçbir şekilde, tam belirlenen bir güne denk gelen ve üstelik de tutanağı düzenleyen yetkili kişilerin hafıza kapasitesi ile hiç bir ilgisi olmayan genel olarak tek bir olaya bağlanamaz. Kabul edilebilir tutanak düzeltmesinin sınırı, kanun yoluna müracaat gerekçesinin sunulmasının tam belirlenebilen zamanına göre

⁴⁹ Jauernig, s.81

⁵⁰ Jauernig, s.82

⁵¹ Jauernig, s.82; BGHSt 2,125 (129)= JZ 52,280 (281)

belirlense de, psikolojik argümanın böylece destekleyici bir unsur olarak değerlendirmeye dahil edilemeyeceği kanıtlanmış oluyor⁵².

Psikolojik kaynaklı tereddütlere gönderme yapılmazsa geriye sadece sonradan gerçekleştirilen her tutanak düzeltmesini önemsiz olarak değerlendirmek kalıyor. Böylece bir tutanak değişikliği tutanağın her iki tutanak yetkilisi tarafından nihai olarak imzalama işleminden sonra⁵³ kanunen (de iure) mümkün olmayacaktı. Tutanak düzenleyen memurlara böylece en sert şekilde tutanağı en başından beri sorumlu bir şekilde ele almaları gerektiği ve bu özenden sonraki bir düzeltme için tassarruf edemeyecekleri belirtilmek gerekecektir⁵⁴. Bu görüş gerçekten de İmparatorluk Mahkemesinin 2. Ceza Dairesi tarafından uzunca bir zaman savunuldu⁵⁵.

İmzalandıktan sonra dikkate alınmayan her tutanak düzeltmesi, günümüzde hiçbir yerde kabul edilmiyor. Britanya Alanından Sorumlu Yüksek Mahkeme ve Federal Alman Mahkemesi üçüncü şahısları olası hukuki dezavantajlardan korumak için tutanakla ilgili memurların fark edilen hataların düzeltilmesiyle ilgili görev yükümlülüklerine vurgu yapıyor⁵⁶.

Yüksek Mahkeme ve Federal Alman Mahkemesi tarafından belirtilen tutanakla ilgili memurların düzeltme sorumlulukları, bilinen koşullar altında itiraz edenin hukuki dezavantajına engel olabilmek için, her düzeltmeyi önemsiz şeklinde değerlendirerek, dikkate alınmaması Yüksek Mahkemenin görevi haline dönüşmüştür. Ancak bu şekilde itiraz edenin hasmının ağır dezavantajlı durumda bırakıldığına hiç değinilmiyor. İtiraz edenin hasmının mahkemenin hatalarını taşımak zorunda kalması eğer –ceza yargılamasında- savcılıkla ilgiliyse yine kabul edilebilir, çünkü sanık açısından savcılık ve mahkeme devletin organları olarak bir şekilde bir bütün oluşturuyor ve böylece de

⁵² Jauernig, s.82;dn.47: Bu nedenle imparatorluk mahkemesi ceza genel kurulu, psikolojik tereddütleri göz önüne almamıştır. Stein- Jonas- Schönke,§ 159, Bem. III 3: Zaman sınırlaması, katılımcıların sınırlı hafıza gücünden kaynaklanmaktadır.

⁵³ Jauernig, s.82,dn.48: Bununla birlikte bir tutanak hukuken oluşmaktadır. Kanun, tutanağın duruşmadan hemen sonra imzalanmasını aramamaktadır.

⁵⁴ Jauernig, s.82, dn.49’da anılan(Schuler, NJW 55,1261)

⁵⁵ Jauernig, s.82

⁵⁶ Jauernig, s.83,

dezavantajlı durumda olanla hataya neden olan kişi “birbiriyle aynıdır”⁵⁷. Medeni Yargılama Hukukunda durum çok daha farklıdır. Burda kanun yoluna başvuranın usuli hakkı, mecburen kanun yolu davacısıyla aynı seviyede olan itiraz edenin hasmının usuli dezavantajı ile aynı seviyededir. Dezavantajın meşruiyeti için şimdiye kadar bir delil sunulmadı.

Belirleyici olan husus, kanun yolu davacısının sonradan yapılan tutanak düzeltilmesinin (eklentilerinin) dikkate alınmaması bakımından olan usuli hakkının, hükmün tefhimi hiç tutanağa geçirilmemişse veya hatalı biçimde tutanağa geçmişse ve ileri sürülen usuli itirazda buna dayandırılıyorsa, acaba hala usuli hakkının olup olmadığıdır. Böyle bir hak aşağıda belirtilen nedenlerden dolayı reddedilmelidir:

Bir hükmün, hükmün tefhimi gerçekleştiği zaman olduğu düşüncesinden yola çıkılmalıdır. Tutanak işlemi (zabıt varakası tanzim etmek), hükmün varlığına bir etki etmez ve böyle bir etki gücüne de zaten sahip olamaz⁵⁸. Tutanak –başkan haricinde- yazı işleri bürosundaki zabıt katibi, yani mahkeme dışında bulunan bir kişi tarafından imzalanması gerekiyor (ZPO §163 I); ayrıca bazı hallerde sadece onun imzası da yeterlidir. (bunun için bkz. ZPO §163 II 2.) Eğer tefhimin tutanağa geçirilmesi ve böylece de tutanağı hazırlayan memurun tutanak altındaki imzası⁵⁹ hükmün varlığı için bir koşul olmuş olsa, o zaman hakim olmayan bir kişinin katılımına, yani tutanağı hazırlayan memura bağlı kalınırdı. Bu ise kabul edilemez, müdaafası mümkün olmayan bir sonuçtur⁶⁰.

Yani hükmün varlığı tutanak tanzim etmek işleminden bağımsızdır, ancak hükmün varlığını kanıtlayacak zorunlu delil eksiktir; zira tutanakta oluşturulan hayat olayı kanundan ötürü sözlü yargılamadaki sürecin doğru ve eksiksiz tekrarı olarak

⁵⁷ Jauernig, s.83,dn.52: Ayniyet düşüncesi, sanık ile savcı arasında eksik olan silahların eşitliğinden bahsetmeye zorlamaktadır. Tutanağın sonradan düzeltilmesinin kabulü veya reddi, sanık ile savcı arasındaki ilişkinin nasıl değerlendirildiğine dayanmaktadır. Savcı, yargılamada sanık ile eşit taraf olarak değerlendirildiğinde, düzeltmeyi kabul etmek gerekir. İmparatorluk Mahkemesi Ceza Genel Kurulunun kararında bu görüşler büyük önem taşımaktadır.(RGSt 70,241, 242)

⁵⁸ Jauernig, s.83

⁵⁹ Jauernig, s.84, RGZ 148, 151 (153): Tutanak ancak imzalandıktan sonra resmen düzenlenmiş ve mevcut sayılır.

⁶⁰ Jauernig, s.84,dn.57:Rosenberg,§56 I 1b:Tutanağa yazma ve tutanağı imzalama her zaman telafi edilebilir ve böylelikle hüküm geçerli kılınır. İsabetsiz bir şekilde Hein,s.315:Yazar bira masasında verilen hükümlerin tefhim tutanağının mevcut olmaması sebebiyle,hüküm olmadığı görüşündedir.Böylelikle hükmün varlığı ile kanıtlanabilirliği birleştirilmektedir.

görülmektedir. Sadece tutanakla kanıtlanabilir olan –kanıtlanabilir şekilde!- gerçekleşmiştir.

Gerçekte olan yargılama süreci ve onun tutanak vasıtasıyla ispat edilebilirliğinin kanunda öngörülen mutabakatı, somut hukuki ihtilafın gidişatıyla sınırlılandırılmıştır; bir başka yargılamada ZPO §164 geçerli değildir ⁶¹. **Bu nedenle somut davayı etkileyebilen yargılama içinde gerçekleşen hususların(Verfahrensvorgänge) başka türlü bir işleme tabi tutulmaları daha mantıklı görülüyor.**

ZPO §159’da belirtilen biçimsellikler sadece söz konusu davaya ilişkindir, ondan bağımsız bir gidişat, bir varoluş kazanamazlar. Bir kararın, özellikle de bir hükmün tefhimiyle ilgili biçimsellikde ise durum farklıdır (ZPO §160 II 6). Hüküm, tüm hükmün oluşturulması sürecinin amacıdır ve uyuşmazlığa ilişkin yargılamayı aşan, sürekli, kalıcı bir anlama sahiptir⁶². Hükümün tefhimiyle; hükmün, “kendi müstakil hukuki varlığı başlar ⁶³”,ki bu hukuki uyuşmazlığın sonuçlandırılmasından sonra da devam eder. Buradan çıkan sonuç şudur: Tefhim, ZPO §164’de düzenlenen yargılamada gerçekleşen hususlardan(Verfahrensvorgängen) biri , sadece bir biçimsellik , şeklilik değildir. Hükümün açıklanmasıyla yargılamanın (veya en azından o derece yargılamasının) amacına ulaşılmış oluyor; hüküm fıkrası, “hakimin, içtihad görevinin doruğa ulaştığı kararı içeriyor”⁶⁴. Hükümün tefhiminin bu karakteri, yargısal erkin görülen en açık ifadesidir ve eğer kanun yoluna başvuranın hükmün açıklanmasıyla ilgili tutanağın sonradan düzeltilmesinin dikkate alınmaması şeklinde bir usuli hakkı olsaydı, hükümün tefhiminin karakteri reddedilmiş olurdu. Bu hak o zaman tefhimin ve tefhimle hükmün varlığının kanun yoluna başvuranın iyi niyetine bağlı olarak kanıtlanabilir olup olmadığı sorusu karşımıza çıkmaktadır.İmparatorluk Mahkemesi (RGZ 148, 151 (153)) kararı bunu açıkça ortaya koyuyor. Burada tefhim tutanağı istinaf mahkemesi başkanı tarafından imzalanmamıştı ve o nedenle de mevcut olmadığı şeklinde değerlendirilmişti. İmparatorluk Mahkemesi “imzanın sonradan atılmasını, tamamlanmasını geçerli ve amaca uygun” buluyordu. Ancak temyiz davacısı, İmparatorluk Mahkemesinin temyiz yargılamasının imza eksikliğini gidermek amacıyla ertelenmesi konusundaki tavsiyesine “uymadı”. Bu nedenle itiraz edenin usuli hakkı

⁶¹ Jauernig, s.84,dn.60’da anılan(Stein-Jonas-Schönke,§ 164, Bem. II 1)

⁶² Jauernig, s.84; RGZ 135, 118 (119)

⁶³ Jauernig, s.84; BGHZ 14, 39(44)

⁶⁴ Jauernig, s.85; BGHZ 8, 303 (307)

dikkate alınarak tutanak imzalanamaz ve tefhim o nedenle kanıtlanabilir değildir, buna bağlı olarak da kanun yoluna başvuru istinaf mahkemesi hükmü bir yok hüküm olmaktadır.

Eğer kanun yoluna başvuru imzanın sonradan gerçekleşmesi konusunda onay verdiğini açıklasaydı, o zaman hükmün varlığı kanıtlanabilir olurdu ve tefhim edilen hüküm de kanıtlanabilir (beweismässig) bir yok hüküm olmazdı. Bundan çıkan sonuç şudur: Kanun yoluna başvuru arzusu, isteği “sadece” hükmün tefhimi ve varlığı ile ilgili ispat edilebilirliği konusunda karar vermek değil, aynı zamanda ispat edilebilirlik ve gerçek hayat olayının kanunda düzenlenen mutabakatı, uyumu yüzünden sonuçta bir hüküm veya yok hüküm olup olmadığını belirlemektir⁶⁵. Ama re’sen denetlenmesi gereken bir devlet tasarrufunun ispat edilebilir varlığıyla ilgili kararın İmparatorluk mahkemesinin ve Federal Alman Mahkemesinin ifade ettiği şekilde, usuli bir hakkın korunmasıyla tarafların eline bırakılamaz. Eğer en azından kanun yoluna müracaat, tutanakla uyumlu olarak, iptali istenen “hükmün” tefhim edilmediği ve bu nedenle bir yok hüküm olduğu gerekçesine dayandırılıyorsa, buna göre kanun yoluna başvuru tutanağa yapılacak eklemelerden vazgeçilmesi konusundaki hakkının reddedilmesi gerekir.

Bu durumda İmparatorluk Mahkemesinin Ceza ve Hukuk Genel Kurulunun eski içtihatlarının karşısı şeklinde ve Britanya Alanından Sorumlu Yüce Divanın ve Federal Alman Yargıtayının Ceza Kurulunun yargısal kararı ile çelişir şekilde tutanağa yapılmış eklemeler daima dikkate alınmalıdır⁶⁶. Bunun yanında tutanağın tamamen eksik veya oluşturulmuş ancak imzalanmamış ve o nedenle de hukuken yok olarak değerlendirmesi burada fark etmiyor⁶⁷ veya hükmün belgelenmesi kararın tefhim edilmesi halinde gerçek bir düzeltmenin söz konusu olup olmadığı da fark etmiyor⁶⁸. Sonradan düzenlenen veya üzerinde düzeltilme yapılan tutanak da ZPO §164

⁶⁵ Jauernig, s.85,dn.64: İmparatorluk Mahkemesinin bakış açısına göre, alt mahkeme tarafından sonradan ibraz edilen tutanak tereddütsüz dikkate alınmayacaktır....

⁶⁶ Jauernig, s.86,dn.65’de anılan (Stein-Jonas-Schönke, § 310, Bem .I 2, §159, Bem. III 3; Rosenberg, § 56 I 1b; Baumbach- Lauterbach, § 159 Bem. 1 B)

⁶⁷ Jauernig, s.86; RGZ 148, 151 vd.

⁶⁸ Jauernig, s. 86 ; RGZ 107, 142 vd.

bağlamındaki ispat kuralına bağlıdır ve doğruluğuna karşı da sadece sahteliğinin ispatı caizdir⁶⁹.

Tefhim durumunda bir tutanak düzeltilmesinin sınırsız şekilde dikkate alınması vasıtasıyla, aynı zamanda tutanağın usule uygunluğu ve varlığı konusundaki şüphenin, tefhim edilen hükmün ispat edilebilirliğine ve bu şekilde varlığına da sirayet etmesi engelenmiş olmaktadır. Ancak bu şekilde İmparatorluk Mahkemesinin kabul ettiği gibi, tefhimdeki her kusurun yok hükme yol açmasına ulaşılır. Bu düşünce Federal Alman Mahkemesi Hukuk Genel Kurulunun 14. Haziran 1954⁷⁰ tarihli kararını da çağrıştırmaktadır. Hükmün tefhimine ilişkin tutanağın yokluğu veya eksiklikleri, diğer hatalı tefhim olaylarından farksız olarak ele alınmıştır⁷¹.

Genel Kurulun bildirim kusurlarının dikkate alınmasıyla ilgili İmparatorluk Mahkemesinin kararlarından uzaklaşarak verdiği karar, eğer hatalı düzenlenen tutanak hükmün varlığını ispat açısından bir sorun yaratsaydı ve kanun yoluna başvuranın “usuli hakkına” bakılarak sonradan usule uygun yapılan tutanak eklemeleri dikkate alınmasaydı önemini büyük ölçüde kaybedecekti. Bunlardan kaynaklanan zorluklar ve tatminkâr olmayan çözümler burada savunulan görüş açısından aşılmış olmaktadır⁷².

⁶⁹ Jauernig, s.86,dn.68’de anılan(Stein- Jonas- Schönke, §164, Bem. II 1; Baumbach-Lauterbach, § 164, Bem.1 B)

⁷⁰ Jauernig, s. 86; BGHZ 14, 39 (41,42)

⁷¹ Jauernig, s.87,dn.70’de anılan (Karş: Rosenberg, § 73 III 1 b)

⁷² Jauernig, s.87

§ 9 Var Olmayan Bir Hükme Karşı Hukuki Çareler

A.Yok Hükümün Etkisi

Bir hükümün, hüküm olarak olması gereken dış unsurları eksikse bir yok hükümden sözedilebilir¹. Alman Medeni Usul Kanunu'nda bir hükümün asgari şartları(Mindestvoraussetzungen) yazmamaktadır². Daha önce değinildiği gibi bir hükümden söz etmek için iki husus gerekir:1. Kararın mahkemeler teşkilatınca tanınmış, mahkemeler teşkilatına uygun bir mahkeme tarafından verilmesi. 2. Bu kararın belirli bir formda bildirilmiş olması³.

Yok hüküm dereceyi sonlandırmaz⁴ ve ne maddi ne şekli anlamda kesin hüküm teşkil eder⁵. Ayrıca usuli bağlayıcı etki de meydana getirmez⁶.Yok hüküm ne tarafları ne de mahkemeyi bağlar⁷.

Yok hüküm bir sıfırdır (nullum)⁸, hiçbir etkiye sahip değildir ve kendiliğinden dikkate alınır⁹.Yok hüküm ne mahkemeyi bağlar ne de bulunduğu derecedeki yargılamayı sonlandırır.Öyle ki taraflar yeniden bir daha mahkemeye başvurabilirler ve bu hiçbir masraf oluşturmaz¹⁰.

Görünüşte hüküm aleyhine;görünüşte hükümden etkili bir karar görünüşü ortaya çıkıyorsa¹¹,örneğin mahkeme kaleminin hazırladığı ve taraflara tebliğ ettiği karar

¹ MüKo/Braun(<http://www.beck-online.beck.de> (21.09.2010)),§578,Rdnr.5; Nikisch,§102 IV 1

² MüKo/ Braun(<http://www.beck-online.beck.de>(21.09.2010)); §578,Rdnr.5

³MüKo/Braun(<http://www.Beck-online.beck.de>(21.09.2010));§578

Rdnr.5;Stein/Jonas/Grunsky,vor§578,Rdnr.2;Rosenberg/Schwab/Gottwald,§62III

1;Lüke/Zawar,s.205,213;Lüke, s.767,768

⁴Lüke,s.439;Stein/Jonas/Grunsky,vor§578,Rdnr.2;Zöller/Vollkommer,vor§300,Rdnr.14;Rosenberg/Shwab/Gottwald,§ 62 III 2; Thomas/Putzo,vorbem.§ 300,Rdnr.13

⁵ Lüke, s.439,dn.83'de anılan(RGZ 133,215,220);Zöller/Vollkommer,vor§300,Rdnr.14;

Rosenberg/Schwab/Gottwald.§62 III 2;Thomas/Putzo,Vorbem.§ 300,Rdnr.13;Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,s.453;Pekcanitez/Atalay/Özekes,s.517

⁶ MüKo/Braun(<http://www.beck-online.beck.de> (21.09.20210))§578,Rdnr.8

⁷ Schilken,§5,Rdnr.108

⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald,§62 III 2,dn.18'de anılan (RGZ 120,145);Aynı yönde:Lüke, s.439

⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.517

¹⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald,§ 62 III 2

¹¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald,§ 62III 2;dn.20'de anılan(BGHZ 32, 370=NJW 1960,1773);BGH NJW 1996,1969

aleyhine kanun yoluna başvurulabilir¹².Yok hüküm esasa yönelik bir kararın temeli olamaz.Dolayısıyla bu hüküm ortadan kaldırılmalı ve dava ilk derece mahkemesine geri gönderilmelidir¹³.

Bir taraf kanun yoluna başvurursa,o zaman derecenin sona erdirilmemesi mümkün değildir. Çünkü derece hukuki çareye başvurmakla bitmiştir¹⁴.Görünüşte hükme karşı kanun yoluna başvurduğumuzda,ilk derece mahkemesinde verilen yeni hüküm etkisiz olmaktadır. Hukuki ihtilaf kanun yoluna başvurulmakla üst derecede derdest olur.Eğer ihlal sonradan iyileştirilebilirse,yok hükme karşı kanun yolu kararın kendisini de kapsamaktadır¹⁵. Ancak hiçbir halde karar ne şekli, ne de maddi anlamda kesin hüküm etkisine erişmektedir¹⁶.

Üstündağ¹⁷, aynı nitelikteki gerçek bir hükme karşı var olan kanun yolunun yok hükümler için de geçerli olması gerektiği görüşündedir.

Arslan¹⁸, maddi anlamda kesinleşmedikleri için görünüşte hükümlere karşı kanun yoluna başvurulamayacağı görüşündedir.

Alangoya/ Yıldırım/Deren-Yıldırım'a göre¹⁹ yok hükme karşı kanun yoluna başvurulamaz.Zira bunlar ne şekli ne de maddi anlamda kesin hüküm teşkil ederler.

Pekcanitez/Atalay/Özekes'e²⁰ göre,mevcut olmayan bir hükmün ortadan kaldırılması gerekmeyeceği için aslında kanun yoluna başvurmaya da gerek yoktur.Ancak uygulamadaki tereddütleri ortadan kaldırmak için kanun yoluna başvurulmasına da engel bulunmamaktadır.

¹² Rosenberg/Schwab/Gottwald,§ 62 III 2;Aynı yönde: Üstündağ,s.812;Schilken,§ 5,Rdnr.108; BGH NJW 1995, s.404:..."Mahkeme kararını tefhim etmemiştir.Bu nedenle taraflara tebliğ edilmiş olan evrak gerçekte sadece hüküm taslağıdır.Bu taslak da§ 516 ZPO uyarınca istinaf müddetini başlatan geçerli bir tebligatı oluşturmaz.Bu tür yok hükümlere karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilir.Ancak amaç sadece hükmün hukuki görünürlüğünü ortadan kaldırmak olduğu için,kanun yolu mahkemesinin bu doğrultudaki kararı,gerçek bir kanun yolu duruşmasının kabule şayan olma koşullarının(Zulässigkeitsvoraussetzungen) varlığına bağlanamaz..."

¹³ Rosenberg/Schwab/Gottwald,§ 62 III 2,dn.21'de anılan (OLGZ 1987,371/73)

¹⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 62 III 2; Aynı yönde: Jauernig,s.90 vd.

¹⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald,§ 62 III 2 ; BGH NJW 1996, 1969

¹⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald,§62 III 2;Aynı yönde: Özekes, s.685;Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.453

¹⁷ S.812

¹⁸ S.62;Aynı yönde: Kanun Yolları,s.20

¹⁹ S.453

²⁰ S. 517

Alman hukukunda bir görüşe göre, yok hüküm mahkeme kalemi tarafından tebliğ edilmişse veya herhangi bir şekilde hüküm taslağı dış dünyaya yansımışsa, yok hüküm neticesinde ortaya çıkan görüntüyü ortadan kaldırmak için taraflar, yargılamanın devamını isteyebilecekleri²¹ gibi, kanun yoluna da başvurabilirler²².

Prütting/Gehrlein/Thole'ye²³ göre de, hüküm görüntüsünü ortadan kaldırmak için yok hüküm aleyhine kamun yoluna başvurulabilir. Kanun yolu mahkemesi, talebi incelemeyen, hükmü bozarak geri göndirmek zorundadır²⁴. Kanun yoluna başvurudan sonra, önceki derece mahkemesi yeni bir hüküm veremez²⁵.

B.YOK HÜKME KARŞI HUKUKİ ÇARELER

I. Yargılamanın Devamı İle İlgili Başvuru

Yargısal kararlar ve literatür yok hükmün verilmesiyle mercii, derece işleminin sona ermediği ve o nedenle de yeni bir hükmün verilebileceği konusunda görüş birliği içindedir. Bu hedefe ulaşabilmek için taraflar –merciin henüz ulaşmadığı sonuca değinerek, işaret ederek- yargılamanın sürdürülmesi talebinde bulunabilirler²⁶. Tarafların, bu yola başvurabilmek için, mahkeme tarafından bildirilen işlemin bir yok hüküm olduğuna kanaat getirmiş olmaları gerekir. Bu Alman hukukunda hakim fikirdir.

Bu yargılamanın sürdürülmesiyle ilgili başvuru (Fortsetzungsantrag) yapılırsa, eski yargılamanın görülmekte, derdest olup olmadığı -bir diğer deyişle- başvuruda bulunan kişi tarafından “yok hüküm” olarak tanımlanan eylemin gerçekten bir yok

²¹ Jauernig, s.87 vd., Lüke, JuS 1985, s.767,768; MüKo/Braun, (www.beck-online.beck.de), §578

Rdnr.8; Lüke, ZJP 108,428; Prütting/Gehrlein/Thole, vor 300, § Rdnr.11

²² MüKo/Braun, (www.beck-online.beck.de), § 578 Rdnr. 8; Jauernig, s.88 vd.

²³ Vor §300 Rdnr.11; BGH NJW 95,404; 96,1969,1970

²⁴ Prütting/Gehrlein/Thole, vor § 300 Rdnr.11

²⁵ Prütting/Gehrlein/Thole, vor § 300 Rdnr.11; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 62 Rdnr.19

²⁶ Jauernig, s.87, dn.1: Doktrindeki genel fikre göre, bu talebin özelliği, sözlü yargılama için bir duruşma günü tayin edilmesi talebinden farklıdır. Çünkü zorunlu olarak derece yargılamasının sadece görünüşte sona erdirilmiş olduğu hususuna da işaret etmelidir. Bu konu hakkında mahkeme ancak, yargılamanın sürdürülmesi ile ilgili başvuru varsa karar verebilir ve vermek zorundadır. Alelade duruşma günü istenmesi dilekçesi söz konusu olduğunda mahkeme bunu inceleyemez, ele alamaz. Karş:dn.87'de anılan (Rosenberg, §56 I b, §73 III 2), RGZ 133,215 (221)

hüküm olup olmadığı konusunda bir davayı hadise (Zwischenstreit) oluşacaktır²⁷. Mahkeme başvuruda bulunanın görüşüne katılıyor ise, o zaman yargılamanın sürdürülmesi gerçekleşebilir. Bunun hakkında ZPO §303'e göre önceden verilen bir ara kararlar veya davayla ilgili verilen nihai kararın dayandığı gerekçeler içerisinde bir karar verilebilir. Ancak mahkeme hükmün varlığını onaylarsa, yargılamanın sürdürülmesiyle ilgili başvuruyu sözlü yargılama sonrasında, olağan kanun yolu ile iptal edilebilir bir nihai kararlar geri çevirir.

Yok hükmün bir nüshası hazırlanmış²⁸ ve dış görünümü ile mevcut karar ortada duruyorsa, taraflar müstakar içtihadı, özellikle de İmparatorluk Mahkemesinin ve Federal Alman Mahkemesi'nin²⁹ müstakar içtihadına göre, yok hükme karşı başvurabilecekleri kanun yolları, içerikte var olan bir hükme karşı tanınan kanun yollarıdır³⁰.

Hein³¹, doktrinde³² neredeyse tamamen kabul gören içtihadı karşı koymakta ve bunu da hükmün belgesinin (Urteilsurkunde) bir hüküm oluşturamayacağı, bir hükmün başından itibaren hüküm olup olmadığının belli olduğu düşüncesine dayandırmaktadır. Hein'a göre eğer bir yok hüküm mevcut ise, kanun yoluna müracaat kabul edilemez. Çünkü aleyhine müracaat edilen konu (Angriffsobjekt) ve buna bağlı olarak Yüksek Mahkemenin maddi bakımdan yapacağı bir inceleme için –iptal ve geri gönderme- gerekli olan temel eksiktir.

Jauernig'e³³ göre, var olmayan bir hükme karşı kanun yoluna müracaat imkanının tanınması ve hiç olmayan, oluşmamış bir şeyi “ortadan kaldırmanın”³⁴ kavramsal olarak değersiz olduğu konusunda Hein'a hak vermek gerekir. Ancak Hein

²⁷ Jauernig, s.87,dn.2'de anılan(Stein- Jonas- Schönke, §303, Bem.II) ; Hellwig, System,I,§160 I 3; Wurzer, s.187

²⁸ Jauernig, s.88,dn.3'de anılan (Stein-Jonas-Schönke, §311 Bem.III)

²⁹ RGZ 90, 295 (296); 133, 215(218); 148, 151 (154);BGHZ 10, 327 (329);346 (349)

³⁰ Jauernig, s.88

³¹ s.306; Aynı yönde: Wurzer ,s.188; v.Baligand,s.244

³² Jauernig, s.88,dn.6'da anılan (Baumbach-Leuterbach,§ 310, Bem. 1 B; Stein-Jonas- Schönke, §311, Bem .III); Lent,Lehrbuch, s.160;Rosenberg, § 73 II; Sauer, Grundlagen, s.501; Prozeßrechtslehre, s.226

³³ s. 88, 89

³⁴ Jauernig, s. 88, dn.8:Bu noktada yok hükmün iptali problemi, etkisiz hüküm (nichtigen Urteil) durumundan ve maddi hukuk , medeni hukuk yönünden batıl hukuki işlemin iptali durumundan farklıdır. Orada hiç olmazsa ortadan kaldırılacak bir şey mevcuttur. Son durumda ise negotium nullum(batıl geçersiz hukuki muamele) mevcuttur.

dahi, görünüşte hüküm nedeniyle icranın tehdit edildiğini kabul edecektir ve üzerinde durulan şey bu tehlikenin uzaklaştırılmasıdır³⁵. İcra imkanı, görünüşte hüküm olarak görünüşte devlet işleminin içsel bir özelliğidir ve Hein bunu sıkı kavramsal bağlılığı olan inceleme metodu ile temellendiremez.

Hein'in bakış açısı aynı şekilde tarafların haklı çıkarlarına cevap veremiyor, tatminkâr olamıyor. Bir etkili hükmün görünüşü, ilgili kişileri pek çok yönden kanun yoluna müracaat etmeye yöneltebiliyor. **Bu durumda onlar sanki hiç itiraz edilecek bir işlem yokmuş gibi, ki oysa -belki de doğru gerekçelerle- bir hükmün varlığından yola çıkmışlardı, bir üst mahkeme mercii bunlara bilgi vermek zorunda değil midir?** Görünüşte hükme dahi duruma göre uygulanabilir kanun yoluna müracaat imkanı tanınırsa, bu yaşanan usuli duruma adil ve süreç açısından rahatlatıcı bir çözüm sağlanmış olur.

Bu duruma göre itiraz edilen yok hükmün “iptali” sadece açıklayıcı bir ifadedir; ve sadece itiraz edilen, “hükmün” varolmayışını ispatlar. Ancak aynı zamanda bununla hüküm görünüşü ortadan kaldırılmış olur ve bu kapsamda kanun yolundaki kararın da tespit edici bir etkisi de ortaya çıkar. Bunlar göz önünde bulundurulduğunda, yok hükmün iptali ve davanın geri gönderilmesine yönelik klasik tavra karşı hiçbir tereddüt doğmamaktadır^{36 37}

Yok hükme karşı kanun yoluna müracaat yoluna mücade edilirse, kendine özgü bir sorun ortaya çıkmış olur.

Genel görüşe göre³⁸ yok hüküm görüldüğü derecedeki yargılamayı sonuçlandırmamaktadır. Bu sebeple başka bir şey yapılmaksızın “yeni” bir hüküm verilebilir. Yok hükme karşı henüz kanun yoluna başvurulmadığı durumda bir tereddüt oluşmaz. Alt derece mahkemesi tarafından kanun yoluna başvurulduktan sonra dahi bir hükmün verilmesi imkânı varsa ve eğer “yeni” hüküm, itiraz edilen görünüşte hükümden farklı bir sonuca varıyorsa, o zaman önceden fark edilemeyen zorluklar

³⁵ Jauernig, s.89,dn.9: ZPO§707, 719 bununla ilgili olarak Yüksek Mahkemeye yetki vermektedir.

³⁶ Karş: BGHZ 10, 346 (349 vd.) : Kanuna uygun olarak tefhim edilmemiş eyalet mahkemesi hükmü de(= Yok hüküm) bozulmalı ve dava eyalet mahkemesine geri gönderilmelidir.

³⁷ Jauernig, s.89

³⁸ Jauernig, s.90,dn.12’de anılan(Rosenberg, § 73 III 2; Baumbach-Lauterbach, Bem. 3 B, §300); RGZ 120,243 (245), 133, 215(221); 148, 151(154);Aynı yönde:Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann,Über§ 300 Rdnr.13 ve dn.4’te anılan yazarlar

ortaya çıkabilir. “Ayrık bir karar”ın verilmesi mümkündür; zira ilk hakim görünüşte hükümle ZPO §318’e göre bağlı kalmak zorunda değildir³⁹ ve bu nedenle de yok hükümden farklı olarak bir başka içerikli hüküm verebilir. Bu olay kurgusu, İmparatorluk Mahkemesinin 20. Mart 1937 (JW 37, 1664 ve devamı) tarihli kararının temelinde yer almaktadır⁴⁰. İmparatorluk Mahkemesi haklı olarak şu görüşü savunuyordu: Yok hükme karşı başvurulmuş istinaf veya temyiz sonra verilecek hükmü doğrudan kendiliğinden kapsayamaz. Somut olayda kanun yolunun sirayeti (Erstreckung) reddedildi, yok hüküm kaldırıldı, iptal edildi ve dava geri gönderildi. Aradaki zamanda verilen hükümle ne yapılacağı konusunda İmparatorluk Mahkemesi bir şey söylemedi.

Ana sorun şurada yatmaktadır⁴¹: Acaba bu gibi durumlarda ilk hakim davanın geri gönderilmesinden sonra bir kere daha yeni bir karar vermek zorunda mıdır ? veya “yeni” hükmün verilmesi ile derece ilk defa sona erer mi? ve bu nedenle geri göndermeyle derecenin (yeniden) açılmayacağı bakış açısı savunabilir mi? Yok hükme karşı bir kanun yolu ile başarıya ulaşan geri gönderme ile yeni olarak derece açılmaz. Karar dereceyi sona erdirmez. Bu algılama eğer isabetli olsaydı, o zaman tüm bu kanun yolu yargılaması boşa giden bir çaba olacaktı, ilk hakim, verilecek “yeni” bir hüküm vasıtasıyla her zaman anlamsız hale getirilebilecekti.

Ancak ilk hakim, eğer geri çevirme işleminden sonra yeniden karar vermek zorunda olsaydı, ara zamanda verilen hükümle ZPO §318 göre bağlı olup olmadığı, yenilenen kararın eski karardan bir tekrar içerip içermediği veya geri çevirme işleminden sonra, ara zamanda verilen hükmü dikkate almadan hüküm tesis edip edemeyeceği şüphelidir.

Her ne şekilde karar verilirse verilsin taraflar daima ilk hakim tarafından verilen her karara –ara zamanda verilen karar da dahil olmak üzere- kanun yoluna müracaat ile itiraz etmek zorundadırlar; çünkü sorulan soruya objektif olarak “doğru” bir cevap verilmiş olsa da hiç kimse ilgili Yüksek Mahkemenin hangi görüşe göre karar

³⁹ Jauernig, s.90,dn.13’de anılan(Baumbach-Lauterbach,§ 318, Bem. 1; Rosenberg,§ 73 III 2); RGZ 90, 295 (296); 133,215(221); 148,151 (154); BGHZ 10, 346 (350)

⁴⁰ Jauernig, s.90

⁴¹ Jauernig, s.90

vereceğini önceden bilmemektedir. Görüşünü, duruşunu açıkladığında da başvurulabilecek yegane yola başvurmak için çoğu zaman geç kalınmış olmaktadır⁴².

Söz edilen zorluklardan eğer kanun yoluna müracaat edildikten sonra “yeni” hükmün verilmesine izin verilmezse kaçınılabılır; zira o andan itibaren ön derece yargılaması sona ermiş oluyor. Bu görüşün gerekçesi ise kanun yolunun anlamından çıkmaktadır.

İstinaf ve temyize⁴³ başvurmayla yüksek hakime hukuki ihtilafın kararı bırakılmış olmaktadır (Karar Verme Yetkisinin Temyiz Merciiine Geçmesi / Devolutiveffekt) ve itiraz edilen kararın şekli anlamda kesin hüküm teşkil etmesi engellenmektedir(Erteleyici Etki / Suspensiveffekt)⁴⁴. Kanun yoluna müracaat işlemi yok hükme karşı yapılıyorsa, şekli anlamda kesin hükmün yürürlüğe girmesini engelleyemez ve engellemesine gerek olmaz; çünkü yok hüküm şekli anlamda kesinleşmiş olmamaktadır.

Buna karşın kanun yoluna müracaat etmek, başvurmak bu durumda da davayı bir üst dereceye taşıtmış olmaktadır. Alt derece yargılaması, itiraz edilen yok hükümle neticelenmeden önce yüksek derece açılmış oluyor⁴⁵. Ancak bundan aynı dava konusu ile iki derecenin aynı zamanda yetkili olduğu sonucunu çıkarmamak gerekir⁴⁶. Kanun yoluna müracaata özgü karar verme yetkisinin üst dereceye geçmesi / Devolutiveffekt bunu yasaklamaktadır.Üst dereceye aktarma etkisi diğerlerinde olduğu gibi burada da, sadece Yüksek Mahkemenin davayı karara bağlayabileceğini ortaya koymaktadır⁴⁷.

Kanun yoluna müracaat, bir üst derecenin fonksiyonel yetkisini gerekçelendirir. Bu nedenle alt derecedeki hakim yok hüküm “yerine” artık “yeni” bir hüküm veremez⁴⁸.

⁴² Jauernig, s.91

⁴³ Jauernig, s.91,dn.16: İtiraz bunların dışında bırakılabilir.

⁴⁴ Jauernig, s. 91; Ayrıntılı bilgi için bkz: Yıldırım, İstinaf,35 vd.

⁴⁵ Jauernig, s.91; Aynı yönde: BGHZ 10, 346 (350)

⁴⁶ Jauernig, s.91

⁴⁷ Jauernig, s.91

⁴⁸ Jauernig, s.92;dn. 21’de anılan RG, JW 37, 1664 (1665)

Kanun yolunun karar verme yetkisinin üst dereceye geçmesi etkisi(Devolutiveffekt), yok hükme karşı yapılan itiraz durumunda sadece yeni –bir üst-dereceyi açmıyor, aynı zamanda da böylece alt merciini sonuçlandırılmasını sağlıyor⁴⁹. Bu bağlamda da –yok hükmün kaldırılmasından sonra- davanın üst dereceden alt dereceye alışıldık geri gönderilmesi objektif olarak uygulanır; her zaman olduğu gibi “yargılamanın alt derecede devamı kararını”⁵⁰ içerir.

Ayrıca görünüşte hüküm karşısında kanun yoluna müracaat da genel kabul şartlarına tabiidir⁵¹. Yok hüküm, şekli anlamda kesinleşmediği için, şekli anlamda kesin hükmün başlaması, vukuu söz konusu değildir⁵². İtiraz için öngörülen para miktarına ulaşılmadığında veya istinaf mercii olarak Eyalet Mahkemesinin verdiği bir görünüşte hüküm söz konusuysa, kanun yoluna müracaat ile yok hükmün kaldırılması mümkün değildir. Böyle bir durumda taraflar yalnızca aynı merciide yargılamanın devamını talep edebilirler.

II. Bir Hükümün Varolmadığı Yönünde Tespit Davası Açılabilir mi?

Usul hukuku ilişkisinin varlığının veya yokluğunun bir tespit davasının konusu yapılabilip yapılamayacağı sorusu düşünmeye değerdir. Bu sorunun cevabı ile yok hükmün mevcudiyetinin veya bir hükmün yokluğunun bir tespit davasının konusu olup olamayacağı sorusu da çözüme kavuşturulabilir. ZPO §256 uyarınca bir tespit davası, bir hukuki ilişkinin mevcudiyeti veya yokluğu konusunda ise caizdir. Bir kişi ile başka bir kişi veya bir kişi ile şey(Gegenstand) arasındaki hukuki ilişkinin tespiti amaçlanır. ZPO § 256 I'deki istisnayı ayrı tutarsak vakıalar hakkında pozitif veya negatif bir tespit davası mümkün değildir⁵³. Ağırlıklı görüşe⁵⁴, etkisiz hükümler için tespit davası açılmasına izin verirken, azınlıkta kalan görüş⁵⁵, bunun vukubulmasını caiz

⁴⁹ Jauernig, s. 92

⁵⁰ Jauernig, s. 92; RGZ 158,195(196)

⁵¹ Jauernig, s.92; RGZ 148, 151(154); BGHZ 10, 346 (349)

⁵² Jauernig, s.92; Aynı yönde: Prütting/Gehrlein/Thole, vor§ 300 Rdnr.11 ve orada anılan(RGZ 133,215,220 vd.)

⁵³ Lücke, ZZP 108(1995), s.438

⁵⁴ Zöller/Vollkommer, vor§300 Rdnr.19; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, Üb. §300 Rdnr.19; Thomas/Putzo, Vorbem. § 300 Rdnr.19; Rosenberg/Schwab/Gottwald, §62 IV 1

⁵⁵ Götz, s.49

görmemiştir.Bu husus yok hüküm için de geçerlidir.Bu noktada da her halde tespit menfaatine dikkat edilmelidir⁵⁶.

Yok hüküm hukuki olarak sıfırdır ve dolayısıyla bir etkisi yoktur⁵⁷.Yok hüküm dereceyi sona erdirmez⁵⁸; ne maddi ne de şekli anlamda kesin hüküm oluşturur⁵⁹.Usul hukuku ilişkisini sona erdiren bir durum yoktur⁶⁰.Bir yok hükmün tespitine ilişkin dava, bu hukuki ilişkinin devam ettiğinin tespitini amaçlar; bununla birlikte ZPO § 256 anlamında tespit edilecek konu vardır. Bu durumun dogmatik bir anlamı vardır.Yok hüküm dereceyi sona erdirmedeği için,her iki taraf da yargılamanın devam ettirilmesini talep edebilir.Bu noktada hakim görüşe göre⁶¹; yok hüküm sıfır olduğu halde,kanun yoluna da müsait olmadığı halde,yazı işleri tarafından tebliğ edilen yok hüküm için kanun yoluna müracaat edilebilir.Hukuk güvenliği ve hukuki netlik gerekçesiyle, taraflara bir mahkeme kararı görüntüsünü ortadan kaldırmak imkanı verilmelidir⁶².

Tespit davası, devam eden derdestliğe de aykırı değildir;çünkü ayrı bir dava konusu,derdest hukuki ihtilafa göre başka bir konusu vardır.Birden çok hukuki çarenin olması durumunda bu yarışma halleri genellikle tespit menfaati bakış açısından açıklanmıştır.Burada etkisiz sulhden bahsetmek yardımcı olabilir.Etkisiz sulh de yok hüküm gibi yargılamayı sona erdirmez.Burada da geçmiş yargılamanın devamına ilişkin talep ileri sürülebilir.Sulhun etkisiz olduğunun tespitine ilişkin dava kural olarak mevcut olmayan tespit menfaatinden dolayı caiz değildir⁶³.Mantık gereği bu daha ziyade yok hüküm için de geçerli olmalıdır.Görünüşteki hükümden dolayı hakkı ihlal edilen tarafın kanun yoluna başvurma hakkı vardır.Bir yok hükmün var olduğuna ilişkin tespit davası usul hukuku ilişkisi bakış açısından kural olarak caizdir; ama tespit menfaati olmadığı için her zaman, daima caiz değildir⁶⁴.Bir görüşe göre⁶⁵, hükmün yokluğunun tespiti için

⁵⁶ Lüke, ZJP 108(1995), s.438

⁵⁷ Lüke, ZJP 108(1995), s.439

⁵⁸ Lüke,ZJP 108(1995); s.439;Stein /Jonas/Grunsky,vor§578 Rdnr.6;Zöller/Vollkommer,vor§ 300 Rdnr.14; Thomas/Putzo,Vorbem.§300Rdnr.13; Rosenberg/Schwab/Gottwald,§ 62 III 2

⁵⁹ Lüke,ZJP 108 (1995); s.439,dn.83'de anılan(RGZ 133,215, 220);Zöller/Vollkommer,vor§ 300 Rdnr.14;Thomas/Putzo,Vorbem.§300 Rdnr.13; Rosenberg/Schwab/Gottwald.§62 III 2

⁶⁰ Lüke, ZJP 108(1995), s.439; Karş.:Jauernig, s.188

⁶¹ Lüke, ZJP 108(1995),s. 439,dn.85'de anılan(BGHZ 10,346,349);Rosenberg/Schwab/Gottwald,§ 62 III 2

⁶² Lüke,ZJP 108(1995), s.440, dn.86'da anılan(BGH VersR 1984,1192,1193)

⁶³ Lüke,ZJP 108(1995), s.440

⁶⁴ Lüke,ZJP 108(1995), s.440 ; Pekcanitez/Atalay/Özekes'e (s.517) göre de yok hükmün mevcudiyeti bakımından tespit davası açmakta hukuki yarar yoktur.

bir dava açılıp açılmayacağı tartışmalı⁶⁶ olmakla beraber, tespit ihtiyacının varlığı kabul edilebilir.

Taraflara kararın var olmadığını tesbit ettirmek için başka bir imkan tanınmamıştır. Taraflar, özellikle de ZPO §256'e göre bir hükmün var olmadığını tesbit etmek üzere dava açamazlar. Hükmün varlığı bu hali ile bir hukuki ilişki değildir, bir vakıadır; bu vakıanın mevcudiyeti bir tespit hükmüyle ortaya konulamayacaktır. Hüküm taraflar arasındaki bir hukuki ilişkiyi gerekçelendirmez ; bu hukuki ilişkinin doğası gereği temelde yatan maddi hukuk ilişkisinden farklı olması zorunludur. Hüküm, özel hukukun oluşması veya iptal edilmesi için –hüküm ve davaya usuli bakış açısından bakıldığında- bir maddi hukuk unsuru oluşturmaz. Bir hüküm talebi (Judikatsforderung) veya hüküm borcu(Judikatsschuld) yoktur⁶⁷.

Bu nedenle tespit edilebilir hukuki ilişki olarak geriye sadece usul hukuku ilişkisi⁶⁸ (Prozeßrechtsverhältnis) kalmaktadır. Kuşkusuz yok hüküm bunu sonuçlandırma durumunda değildir. Ancak sadece bu bilgi ile sorun çözilemiyor. Çünkü eğer usuli ilişkinin sürmesi (Fortbestehen) onaylanacak olursa, mecburen bunun oluşmuş olup olmadığının da incelenmesi gerekir. Usul hukuku ilişkisinin oluşumuyla ilgili sorunun ortaya atılması bizi, usuli dogmanın karanlık noktalarından birine götürmektedir. Bu yapının yaratıcısı Kohler'e eğer güvenilebilirse ona göre (geçerli) davanın açılmasıyla ancak usul hukuk ilişkisi gerekçelendirilir⁶⁹; yani dava usule aykırı açılırsa usul hukuku ilişkisi oluşmaz. Ancak yine de burada usule uygun olmayan davayı geri çeviren bir usuli karar oluşabilir ve oluşmalıdır. Bu durumda bir usul hukuku ilişkisinin varlığının devam etmesi tespit edilemez; etkili bir hüküm olduğu gerekçesi ile değil, bir usul hukuku ilişkisi hiç oluşmadığı için tespit edilemez.

Ancak kural olarak usul hukuku ilişkisi, ZPO §256 anlamıda çok kullanışlı bir tespit konusu sunar⁷⁰. Yine de bir dava, o andaki tespit hususunda menfaatin yokluğu nedeniyle başarısızlıkla sonuçlanacaktır. Her iki taraf da daima ve zaman sınırlaması olmadan eski yargılamanın sürdürülmesi talebinde bulunabilirler. Yok hüküm yüzünden

⁶⁵ MüKo/Braun,(www.beck-online.beck.de),§ 578 Rdnr. 8

⁶⁶ Bkz: Lüke, JuS 1985, s.767, 769

⁶⁷ Jauernig, s. 92; s.48, dn.28: Kesin hüküm etkisi, hüküm talebidir.

⁶⁸ Alangoya/ Yıldırım/ Deren- Yıldırım, s.40

⁶⁹ Jauernig, s.93; Kohler, Prozeß, s.35 vd.

⁷⁰ Jauernig, s.93

itiraz eden taraf, yani var olan bir hüküme karşı da aynı şekilde, aynı içerikte itiraz edebilecek olan taraftır. İtiraz eden taraf bunun dışında geçerli bir kanun yoluna müracaatı yapma hakkına sahiptir. Tarafların usuli durumun açıklığa kavuşturulmasındaki haklı menfaatlerini karşılamaya, bu hukuki çareler yeterlidir⁷¹.

Aynı dava konusuyla ilgili yeni bir dava –(eski) davacı veya davalı tarafından açılmış olması fark etmez- kural olarak yine de sonuca ulaşmazdı. Eski yargılamanın görülmekte olması, derdest olması nedeniyle geçersiz olurdu⁷². Eğer eski davada istisnai olarak derdestlik söz konusu olmaz ise o zaman başarıya ulaşması mümkün olabilir⁷³.

Davanın devam etmesi talep edilirse veya çıkartılan, neticelenen işlem bir yok hükmüdür gerekçesiyle kanun yoluna başvurulursa, müracaat edilen mahkemenin, hukuki durumu tanımayacağı ve kararını –nihaî kararı- hüküm mevcuttur şeklindeki hatalı kabulünü açıklayabileceğini de hesaba katmak gerekir. Taraflar bu karara rağmen yok hükmü olduğu gibi ele alabilirler mi yoksa –en azından bu kararın kesin hüküm olmasıyla- bu engellenmiş mi olur?⁷⁴

Eğer mahkeme “hukuki hata” şeklinde yargılamanın devamını geçersiz sayarsa, böylece bu tespit, değinildiği gibi, nihai kararla ortaya çıkacaktır, ifade edilecektir. Ancak ZPO §322 I doğrudan uygulanamaz, çünkü dava açılarak ileri sürülmüş bir talep söz konusu değildir⁷⁵. Bu kararın, hükmün verilmesiyle merciin sonuçlanmış ve o nedenle de eski yargılamanın geçersiz olduğunun taraflar için bağlayıcı bir şekilde tespit edilmesi çok acil bir gerekliliktir. ZPO §322 I “ileri sürülen talep, hak”, ‘merciin sonuçlanmamış olması nedeniyle yargılamanın devam etmesi talebi’ olarak görülecektir. Kesin hüküm şeklindeki tespit, o zaman yargılama “hüküm” ile sona ermediği için, yargılamanın devamının kabul edilebilir olduğu

⁷¹ Jauernig, s.93, Wurzer,(s.187)Tespit konusunda davacının hukuki menfaate sahip olmasını reddetmektedir.

⁷² Jauernig, s.93;Derdestliği haklı olarak olumsuz dava şartı olarak nitelendirenler dn. 30’da anılan(Baumbach- Leuterbach,§264, Bem.4 B, §274, Bem.5;Rosenberg, §89 II 3,§98 III 1; Stein-Jonas-Schönke,§ 263 ,Bem.III 2, §274, Bem.I 2); Sauer,Grundlagen,s. 499

⁷³ Jauernig, s.93

⁷⁴ Jauernig, s. 94

⁷⁵ Jauernig, s.94,dn.33:Yargılamanın sonlandığı veya devam edip etmediği ile ilgili tartışma, taraflar arasında usuli ara sorun teşkil etmektedir. Bu sorunun özelliği ,esasa yönelik karar için gerekli olan uyumsuzluk konusunu içermemesidir.

ifadesini de içerir veya tersi olarak merciiyi sona erdiren bir hüküm olduğu için yargılamanın devamı reddedilecektir.

Yok hükme karşı başvurulmuş kanun yoluna müracaat geçersiz olarak değerlendirilip reddedilirse, Yüksek Mahkeme hükmüyle ilgili tüm objektif girişimleri, hükmün varlığı konusundaki soru da dahil olmak üzere reddetmiştir. Kanun yoluna müracaat, başvuru müddeti geçmiş olması nedeniyle reddedilse dahi bu geçerlidir. Mantıklı olarak bu açıklama hükmün var olduğundan yola çıkarak hareket ediyor; ancak o zaman kanun yoluna müracaat için belirlenen süre geçirilmiş olabilir⁷⁶. Hukuki olarak reddedilen karar, sırf saf negatif işlevi nedeniyle hiçbir şekilde itiraz edilen hükmün “onayını” içermiyor. Bu nedenle taraflar alt mercide yargılamanın devamı için başvuruda bulunabiliyorlar. Kanun yolunun tekrarının⁷⁷, ancak ilk kanun yolunun reddi sebebinin ortadan kalkması halinde başarıya ulaşma olasılığı vardır, örneğin istinaf dilekçesi istinaf mahkemesine kayıtlı bir avukat tarafından imzalanmışsa.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta –bu örnek üzerinden devam edecek olursak- usule uygun istinaf dilekçesinin zaman sınırı olmaksızın verilebileceğine imkan tanınmasıdır; çünkü kanun yoluna müracaat müddeti işlememektedir. Genel olarak ifade edecek olursak, reddetme nedeninin herhangi bir zamanda kalkması yeterlidir. Bu imkan eğer (ilk) kanun yoluna müracaat başvuru müddetinin geçirilmiş olması nedeniyle reddedildiyse, hiçbir zaman oluşmaz. Tekrarlanması imkansızdır, çünkü reddetme nedeni sonradan kalkmıyor ve Yüksek Mahkeme de bir kere verilen karara bağlı kalmak zorunda, yani kanun yoluna müracaatın kabulüyle kararı geri alamıyor⁷⁸.

Yüksek Mahkeme gerekçelendirilmemiştir diye kanun yolunu geri çeviriyorsa o zaman –ilerki bölümlerde buna daha detaylı değinilecek- itiraz edilen hükmü onaylamıştır. Var olan bir hükmün sadece tastik edilebileceği de apaçık ortadadır. Üst mercii, kanunun yoluna müracaatı geri çevirirse bu açıklama –zımnen veya açıkça - itiraz edilen hükmün varlığını tespit ettiğini içerir. Bu tespit, usule ilişkin bir karar gibi

⁷⁶ Jauernig, s.94; Karş: Nußbaum, s. 20

⁷⁷ Jauernig, s. 94; dn.35: Kanun yolunu tekrarlayanın kayıtsız şartsız meşru olduğu, günümüzdeki genel görüş ile uyumludur.

⁷⁸ Jauernig, s.95; Karş: dn.36’da anılan (Stein- Jonas- Schönke-Pohle, § 519 b, Bem.III D 1, §554 a, Bem.III 2); Aynı görüşte: Baumbach-Lauterbach, § 519 b, Bem. 2 E

maddi anlamda kesin hükme dönüşüyor ve böylece alt mercideki hükmün varlığı konusundaki tartışmaya son veriyor. Gerçi bu doğrudan ZPO §322’den çıkarılamıyor ancak bu kurala ilişkin uygulamaya karşı bir tereddüt bulunmuyor. “İleri sürülen talep” burada itiraz edilen “hükmün” kaldırılmasına yönelik haktır, taleptir. Eğer itiraz edilen hükmün yok hüküm olarak görülmesi gerekseydi, kanun yolu davacısının talebi haklı olurdu. Kanun yolunun gerekçelendirilemediği şeklindeki geri çevrilmesiyle, bu “hakkın” olmadığı tüm kapsamıyla tespit edilmiştir, itiraz edilen hükmün var olmamasına dayandırılmış olsa da veya “kendisine” dayandırılmış olsa da durum böyledir⁷⁹.

Üzerinde konuşulan fikirler bağlamında yukarıdaki sorunun cevabı veriliyor:Yargılamanın sürdürülmesiyle ilgili başvurunun veya yok hükme karşı başvuru kanun yolu kesin hüküm şeklini almış biçimde reddedilmiş ise “gerçekte” bir yok hüküm söz konusu olmasına rağmen hükmün varlığı kesinleşmiştir.

Bu sonuç bağlamında insan kendisine şunu soruyor: Mahkemece yapılan bir açıklamanın, hukuki bir hiçten, üzerinde tartışılmaz, dokunulamaz “birşey” yaratması kabiliyeti olabilir mi?. Böylece hakimlerin karar yetkisinin sınırlarının nerede olduğu sorunuyla karşı karşıya kalıyoruz, daha doğrusu: bir mahkeme hükmün varlığını – “gerçek duruma” rağmen- onaylayabilir mi?. İnsan bu soruya karşı soruyla cevap vermeyi düşünebilir : Bir hükmün varlığı konusunda veya var olmaması konusunda mahkemeden başka kim karar verebilir? Ancak mahkeme de herşeye kadir değildir ve ölüleri diriltemez. Yoksa en azından ölü doğan kararları ikinci karar aracılığıyla “hayata” döndürebilir mi ?⁸⁰

İkinci mahkeme tarafından hüküm ve yok hüküm arasındaki “doğru” sınırın çekilmesi, hukukun “doğru” uygulanmasına bağlıdır. Bu açıdan bakıldığında ortaya koyduğumuz sorun hakim ve hukuk arasındaki ilişkiyi irdeleyen, o büyük soru çemberinden sadece mütevazî, iddasız bir kesit oluşturuyor⁸¹.

⁷⁹ Jauernig, s.95

⁸⁰ Jauernig, s.95

⁸¹ Jauernig, s.96

Bunun yasal karakterine bakıldığında göze ilk çarpan, hakimın veya – kişiselleştirmesek- yargısal kararın yasa ve hukuka bağlı olduğu kuralı⁸² olacaktır.

Daha yakından bakıldığında ise ,yasa ve hukuk arasındaki bağda “üçüncü bir gücün” spesifik özelliği ortaya çıkmıyor. Yürütme gücü de yasa ve hukuka bağlıdır (GG Art. 20 III). Bu nedenle söylenenler mahkemelerin devlet organları olarak devlet kurumları gibi yasa ve hukuka bağlı olduklarından farklı bir şey içermiyor⁸³. Yürütme gücünün aksine hakim, hukukun uygulanmasıyla görevlendirilen güçtür; çünkü son merciide “yargısal karar” bağlayıcı hukuk uygulamasıdır ⁸⁴. Bu açıdan bakıldığında “hakim, sadece hizmet eden değil aynı zamanda da hukukun efendisidir”⁸⁵. Bu sebeple de yasa ve hukuka bağlı olmasına rağmen değil, yasa ve hukuka bağlı olması yüzünden bir hukuk normu olup olmadığını ve bundan hangi sonuçların çıkacağını tespit etmekle yükümlüdür. Mahkemece, hangi mahkeme olduğu farketmez, hukukun uygulanması hiçbir zaman otomatik bir altlama (Subsumtion) veya sadece hukukun ve yasanın mekanik tespit edilmesi değildir⁸⁶. Daha çok yaratıcı ve kurucu, kendisine özgü bir performans içerir. Hukukun “uygulanması”, hukukun “bulunmasıdır”⁸⁷.

Hukukun uygulanması; her ne kadar tahdidi hükümler, tam tanımlanmayan hukuk terimleri veya takdir sorunlarıyla artarak ilgili olsa da, sadece tanıyan değil, aynı zamanda değerlendiren, güncelleyen, entegre eden ve somut durumda hakkaniyetin gerçekleşmesini hedefleyen iradî karardır ⁸⁸.

Normun yerine getirilmesinde sadece bir kararın doğru olabileceği görüşü bir kararın sadece önce normun altında altlanması gereken bir ilgili durumu etkilediğini dikkate almıyor ve altlama soyut, matematiksel düşünce aşaması değildir, elbette değerlendirmelere bağlıdır. Bu değerlendirmeler sonucunda, tespit edilmiş kurallara

⁸² GG Art. 20 III

⁸³ Jauernig, s.96; Golschmidt, Prozeß, s.229 vd.,s.246 vd.

⁸⁴ Jauernig, s.96

⁸⁵ Jauernig, s.96; Golschmidt, Prozeß, s.246.

⁸⁶ Jauernig, s.96; Coing, s.249 vd.

⁸⁷ Jauernig, s.96

⁸⁸ Jauernig, s.97

rağmen, altlanmış münferit olaylarda farklı, eşit olmayan kararların oluştuğu bir oyun alanı bulunuyor ⁸⁹.

Mahkemenin kararı kesinleşmişse, bu karar tek başına bağlayıcı hukuk uygulamasıdır. Çünkü –Federal Alman Anayasa Mahkemesinin de haklı olarak dile getirdiği⁹⁰ - hukuk devleti ilkesi, hukuk güvencesinin sağlanmasının önemli bir parçasını teşkil eder; ve bu da hukuki varlığının sağlandığı bir sonucu talep eder, emreder.

Bunun sonucunda mahkemelerin bir hükmün varlığı veya var olmadığı konusunda karar verme yetkisine sahip olup olmadığı sorumuz cevaplanmış oluyor. Önce ve sadece mahkeme bildirilen işlemin hüküm olarak kabul edilip edilemeyeceği konusunda “son merciide bağlayıcı” karar verebilir konumdadır. Çünkü burada aidiyet bağlamında cevaplanması gereken soru yukarıda da açıklanan anlamda “hukukun uygulanması”yla ilgili bir sorundur. Mahkeme aidiyeti kesin hükümle onayladıysa hükmün varlığı böylece tartışmasız tespit edilmiş olur ⁹¹.

⁸⁹ Jauernig, s.97

⁹⁰ Jauernig, s.97; BVerfGE 2, 380(403)=NJW 53,1137(1138)

⁹¹ Jauernig, s.97

İKİNCİ BÖLÜM: BERTARAF EDİLEN HÜKÜMLER

Bu çalışmanın birinci bölümünde, bildirilen, bir hüküm olarak nitelendirilen devlet işleminin asgari şartlarını yerine getirmeksizin hüküm olarak ileri sürülen kararları incelemiş bulunuyoruz. Bu nedenle, söz konusu bu kararları yok hüküm olarak nitelendirdik.

Bizim görüşümüze göre, yok hüküm teorisi, beyan edilmesi sebebi ile karar görünüşünde olan, herhangi bir mahkemeye ait olmayan bildirilen işlem ile ilgilidir. Bildirilen işlemin fiilen bildirimi ile bildirilmiş olan işlemin hukuki değerlendirilmesi arasındaki ayrım, burada oluşturulan yok hüküm teorisi için temel oluşturmaktadır.

Bu göz önünde bulundurulduğunda artık, yok hüküm, bildirilen işlemin baştan, yani fiilen bildiriminden sonra aidiyetinin ve bununla hüküm niteliğinin azalması şeklinde dahi tanımlanabilir. **Bu nitelik, nitelendirme önce yok hükümlerin bir mahkemeye ait olmaları, fakat bunların başta hüküm olarak hukuki değerlendirmesi daha sonra herhangi bir sebepten dolayı kaybolacağı düşüncesine yakın düşmektedir.** Bununla birlikte hüküm olarak aidiyetini kaldırmanın fiili beyanın yapıldığı zamana geriye dönük etkisinin varlığı, hukuki anlamda dünyada hiçbir zaman bir hüküm olup olmadığı veya aidiyetin sadece gelecek için kaldırılmış olduğu açık kalabilir. Bu sebeple sadece bundan sonra artık bir yok hükümden söz edilebileceği düşünülebilir. Bu soru şimdilik daha alt düzeyde bir anlam taşır. Burada önemli olan saptama, bir hükmün sonradan ortadan kaldırılmasının, onun bildirilmiş olması gerçeğini ortadan kaldırmamasıdır. Ne kanun ne de içtihat genel olarak bir vakıayı, somut olayda bildirimi olmamış kılamaz. Bu bir kararın daha sonradan yok edilmesi için önemli değildir. Çünkü bir hükmün varlığı, fiili bildirime değil, bunun hukuki değerlendirmesine (aidiyet) göre belirlenir. Hükmün varlığının kaldırılması böylece sadece bildirilen işlemin aidiyeti durumunun yok edilmesinden başka bir şey değildir¹.

İlerleyen bölümlerde, aidiyetin kaldırılmasının mümkün olup olmadığı, hangi durumlarda geriye etkili olarak veya geriye etkili olmayarak kaldırılacağı sorusunu inceleyeceğiz.

¹ Jauernig, s.99

§10 Kanun Yolu Yargılamasında Bir Hükümün Bertaraf Edilmesi

A.İlk Derece Yargılamasının Sona Ermesi

I.Sona Ermenin Sebepleri ve Etkileri

1. Sona Ermenin Sebepleri

Eğer yargılamanın hukuki himaye amacına ulaşılabilirse veya özel sebepler dolayısıyla buna ulaşılamazsa ilk derece yargılaması sona erer.Usul kanunu anlamında hukuki ihtilaf ilk derecede tamamen kesin olarak halledilmiştir; Yargılama masrafları ihtilafı ve karara bağlanmak zorunda olsa bile.Sona erme sebepleri şunlardır:Davanın geri alınması, sulh,davanın esasının sonuçlandırılması(die Erledigung der Hauptsache) ve hüküm. Fiili nedenlerden dolayı da yargılama sona erer. Örneğin yargılama masrafları yatırılmamışsa veya yargılamayı devam ettirmezse.Almanya’da 2000 yılında sulh mahkemesindeki davaların % 4.3’ü,asliye mahkemesindeki davaların % 7’si tarafların yargılamayı devam ettirmemesi nedeniyle;sulh mahkemesindeki davaların % 0.5’i ve asliye mahkemesindeki davaların % 0.6’sı yargılama masraflarının ödenmemesi nedeniyle sona ermiştir².

2. Sonlandırma Etkisi

a.Yargılamanın Kesin Olarak Sona Ermesi

Zaman zaman ilk derece yargılamasının sonunda yargılama kesin olarak sona erer.Örneğin istinaf sınırına erişemediği için hükmün iptal edilemez olması, davanın geri alınması veya sulh ile yargılamanın sona ermesi³.

b.Dereceler Arasında Yargılama

Hüküm esası sona erdirici bir etki taşır. Diğer usuli işlemler kanun yoluna başvurulmasına kadar ya da kesin hükme kadar geçerlidir.Bundan özel olarak çıkan sonuç;tarafların kabul,feragat beyanlarını ancak kanun yolu ile ileri

² Rosenberg/Schwab/Gottwald,§ 127 I 1,2

³ Rosenberg/Schwab/Gottwald,§ 127 II 1

sürebilecekleridir.Buna karşılık,hükümün verilmesinden sonra bir sulh yapılması için duruşma düzenlenmesinde şüphe yoktur; yani düzenlenebilir.Davanın geri alınması ve muvafakat ve bunun yanında iki taraflı davayı sona erdiren beyanlar bundan sonra da her zaman yazılı olarak yapılmalıdır.Bu usuli işlemler neticesinde hüküm etkisiz kalır.İlk derecede sona ermiş bir yargılama istisnai olarak yeniden ele alınıp görülebilir;eğer hüküm istinafta bozulmuş ve dava ilk derece mahkemesine geri gönderilmişse veya sulh irade sakatlığından dolayı iptal edilmişse veya davanın geri alınması istisnai olarak geri alınmışsa⁴

B.Bozmanın Derece Sonlandırma İşlevi

Bir hükümün yüksek dereceli mahkemede sadece yüksek mahkemenin bir kararı ile kaldırılabilceği tartışmasızdır. Buradaki sorun hangi kararların bu durum için uygun olduğudur: Kanun yolunun usulden veya esastan reddedilmesi, itiraz edilen kararın bozulması veya değiştirilerek geri gönderilmesi; yani bozulan ve yerine geçen kararın irtibatı, bağlanması. Bunun cevabı, her bahsedilen karar için münferiden, ayrı ayrı verilmelidir. Biz burada kanun yolu mahkemelerinin olası kararlarının verildiği sırayı takip etmekteyiz⁵. Kanun yolunun esastan reddedilmesi, bu bölümün sonunda açıklanacaktır; zira diğer kararlar ile ilgili bilgi kazandıktan sonra bunlarla ilgili sorunları daha iyi anlayacağız.

Bir kanun yolunun usule ilişkin nedenlerle reddi, bir kararın varlığını etkilemez. Bilakis yüksek mahkeme her kararın esasa ilişkin müzakeresini kabul etmez. Yüksek mahkemenin kararı kanun yolunun hiçbir şekilde veya bundan sonra hiçbir şekilde veya bu doğrultuda başvurulamayacağını saptamaktadır.

Bir hüküm bozulursa, artık dünyada yoktur. Bu düşünce aufheben kelimesinin de bu anlamda anlaşılması gerektiğini gösterir⁶.

Literatürde, bir kararın bozulması halinde, hüküm varlığının yok edilmesi değil, etkilerinin yok edilmesi anlaşılmaktadır.⁷ Hellwig'in⁸ görüşüne göre, bir karar

⁴ Rosenbeg/Schwab/Gottwald,§ 127 II,III

⁵ Jauernig, s.100

⁶ Jauernig, s.100

⁷ Jauernig, s.100

için başarılı şekilde yürütülen bir itiraz, itiraz edilen hükmün kanuna aykırı olduğunu göstermektedir ve bununla o zamana kadar olan etkiler geçmişe dönük olarak kaldırılmaktadır. Yok edilen, kaldırılan etkilere şunlar dahildir: Karar veren hakimin bozulan karar ile bağılılığı, bunların maddi anlamda kesin hüküm etkisi, icra hakkı, inşai etki ve aynı zamanda bir hükmün varlığına dayalı özel hukuka ilişkin yan etkiler⁹. Benzer bir görüşü Stein- Jonas -Schönke- Pohle savunmaktadır. Bu yazarlara göre¹⁰, kararın bozulması halinde, kararın mevcudiyeti değil, sadece kararın etkileri kaldırılır.

Kazai içtihadlarda, kanun yolu mahkemesi tarafından bozulan bir kararın varlığının veya sadece etkilerinin kaldırılıp kaldırılmadığı sorusu sadece nadir durumlarda meşgul olunmuştur.

İmparatorluk mahkemesi¹¹, istinafin reddine ilişkin verilen kararı, eğer temyiz mahkemesi acele şikayetten sonra bozmuşsa, istinaf derecesini sonlandıracağına da karar vermektedir. İmparatorluk Mahkemesi bu soruyu, aşağıdaki gerekçelerle geçersiz kılmıştır: Her bir karar, kanun yolu imkanı var ise, yüksek derecenin onayı koşulu altında varolmaktadır. Karar bir yüksek derece tarafından bozulursa bu, önceki derecenin gerçekte henüz sonlandırılmamış olduğunu göstermektedir. Bu dereceyi sonlandıran karar, bu etkiye sahip olmamıştır. Bir alt derece mahkemesine bozarak geri gönderme (ZPO§ 538, 539,565),yeni bir derecenin açılması anlamına gelmez. Bilakis davanın alt derecede devamı ve bu derecede daha tamamlanmamış olması anlamına gelir. Aynı şey şikayet için de geçerlidir. Eğer yüksek mahkeme, itiraz edilen kararı iptal ederse, kendisi bu davada karar vermez, alt mahkemeye gerekli talimatı vermek zorundadır (ZPO § 572). Bu davanın yeniden alt derece mahkemesine iadesi, bozulan kararın, bir derece sonlandırma (bitirme) etkisine sahip olmadığı anlamına gelir. Şikayet ile iptal edilebilir olan kararlar, bildirilmeleri ile hukuken etkili olur ve kural olarak şikayetin erteleyici bir etkisi yoktur(ZPO §572). Fakat bu kararın hukuki etkisinin kaldırılması anlamına gelmez. Başka bir deyişle yüksek bir mahkemede iptalin çözücü şartına bağlıdır. Eğer karara itiraz edilir ve karar bozulursa, karar düşer ve usuli durum,

⁸ Jauernig, s.100; Hellwig,System, I, § 174 I 2c

⁹ Hellwig,System, I, § 175 II 1,2,Yazar özel hukuka ilişkin yan etkilere örnek olarak;iflasın açılması ile ortaya çıkan maddi hukuk etkilerini ve gaiplik kararını belirtmiştir.Ayrıntılı bilgi için bkz: Deren-Yıldırım, s.55 vd.

¹⁰ Jauernig, s.101,dn.9'da anılan(Stein-Jonas- Schönke-Pohle, §578, Bem. I 2 a)

¹¹ Jauernig, s.101; RGZ 158,195 (196 vd.)

dava süreci kararın verilmesinden önceki durumda olur. Bozulan kararın hukuki etkinliği tam olarak yok edilir, kaldırılır. Bu eğer acele şikayet varsa sözkonusu olur. İlk kez karar kesinleşince acele şikayet yoluyla bozulan kararın hukuki varlığının ayakta durduğu tespit edilir. Bahsedilen olayda Yüksek eyalet mahkemesinin davacının istinaf talebini reddeden kararı imparatorluk mahkemesi tarafından bozuldu. Böylece itirazı red kararının hukuki etkisi düşmüştür.

İmparatorluk mahkemesinin kararın etkinliği ile neyi anladığı, düşüncelerin çıkış noktası incelendiğinde anlaşılır: Eğer karar yüksek derece mahkemesinde bozulursa, bir alt derece kapatılmamış gibi görülmektedir. Pozitif olarak formüle edersek: Eğer karar yüksek bir derecede onanırsa, alt dereceyi sonlandırdığı kesinlik kazanır¹².

İmparatorluk Mahkemesi, derecenin sonlandırılmasını, kararın etkisi olarak tanımlar¹³. Karar bozulduğunda düşecektir ve karar hiçbir zaman verilmemiş gibi görülecektir. Bir başka deyişle, kararın etkisi yok edilir ve bu şekilde varlığını yitirir.

İmparatorluk Mahkemesi burada açıkça bir kararın etki ve mevcudiyeti (Tatbestand) arasında ayırım yapmamaktadır. Sadece bu nedenle etkisiz bir kararı hiç verilmemiş bir karar ile aynı seviyeye koymuştur. Fakat bu çalışmada olduğu gibi etki ve mevcudiyet birbirinden ayrılırsa şu soru ortaya çıkar: Sonlandırma etkisi(Beendigungswirkung) bir kararın gerçek etkisi sayılır mı?¹⁴

İmparatorluk mahkemesine göre, derece sonlandırma etkisi bütün kararlara uygulanmalıdır, ve özellikle de şikayet edilebilen kararlara uygun olmalıdır. Bu-gerçek bir etkinin olup olmadığı sorusundan bağımsız olarak- sadece kısmen doğrudur. Çünkü, karar veren hakimin değişiklik yapmasını elinden alan kararlar dereceyi sonlandırır. Eğer hakim değiştirebilirse, bu karar verilen dava konusunun hala mercide kaldığını ve bununla ilgili kesinleşmiş kararın bulunmadığının göstergesi olur. Bir kararın derece

¹² Jauernig, s.102

¹³ Jauernig, s.103,dn.13’de anılan kararlar, RGZ 158,195 vd.

¹⁴ Jauernig, s.103

sonlandırma etkisi, kararına itiraz edilen hakimın yapacağı değışikliklerin yasaklanmasıdır diğerk yüzüdur¹⁵.

Hükümler bakımından karar veren mahkemenin düzeltme hakkı daima elinden alınmıştır(ZPO§ 318). Buna karşın kural olarak kararlar(Beschluß), o kararı vermiş olan hakimi bağlamamaktadır¹⁶ ve bu nedenle dereceyi sona erdirmez. Bu nedenle, yüksek derece mahkemesinde bozulması mümkün değildir. Genellikle önceki derecenin gerçekte kapanmamış, sonlandırılmamış olduğunu gösterir. Eğer düzeltilebilir bir karar verilirse bir derecenin verdiği karar sadece şikayet ile sonlanır. Çünkü böylece yüksek mahkemenin verdiği karar sözkonusu olur¹⁷.

İmparatorluk mahkemesi, her kararın merci sonlandıracağı görüşünün çok geniş kapsamlı olduğunu fark etmiştir. İmparatorluk mahkemesi her durumda tam olarak şikayet edilen bir kararın hukuki etkinliğinin(sonlandırma etkinliği) acele şikayet sonucunda kaldırılması ile sınırlandırmıştır¹⁸. Bu şekilde İmparatorluk Mahkemesi uzun tehlikeli bir yol ile doğru sonuca yine de varmıştır: Acele şikayet ile müdahale edilebilen bir karar, kararına itiraz edilen bir hakim tarafından yapılan düzeltmeden yoksun bırakılabilir(ZPO §577), yani derece sonlandırılır. Bu nedenle onun yüksek derecede iptali, alt derece merciinin kapanmamış olduğunu gösterir¹⁹.

Bir kararın derece sonlandıran etkisi, kararına itiraz edilen hakim tarafından düzeltilemez(Unabänderlichkeit) olduğunun diğerk yüzü olduğu görüşü sorulan soruya cevap teşkil eder. Değıştirilemez olma kararın bir etkisi değildir; varlığının mevcudiyetinin bir özelliğidir.Aynı durum düzeltilemez olmanın diğerk yüzü için de geçerlidir. Derecenin sonlandırılması bir etki değildir, kararın bir özelliğidir²⁰. Bu nedenle İmparatorluk Mahkemesi anlamında sonlandırma etkisinin kaldırılabilmesi ancak, sadece kanunyolu merciinde iptali istenen kararın veya iptali istenen hükmün varlığını yok ederse sözkonusu olabilir. Kararın bozulmasının geriye dönük etkisi nedeniyle, bozulan karar hukuki anlamda hiç varolmamıştır; aidiyeti geriye dönük

¹⁵ Jauernig, s.103

¹⁶ Jauernig, s.103,dn.14'de anılam (Baumbach-Lauterbach,§ 329, Bem.III; Rosenberg,§ 57 II); Hein, s.165 vd.

¹⁷ Jauernig, s.104

¹⁸ Jauernig, s.104; RGZ 158,195(196 vd)

¹⁹ Jauernig, s.104

²⁰ Jauernig, s.104

düşmüştür. İmparatorluk mahkemesinde söylendiği gibi²¹, karar hiçbir zaman verilmemiş gibi görülmelidir, dava durumu kararın verilmesinden önceki aynı durumdur²².

Bozulan hüküm hukuki bir hiçtir, fakat bir yok hüküm ile her hal ve şartta aynı kefeye konulamaz²³. İptal edilmiş hüküm, bozma kararının verilmesiyle geriye dönük etki ile bertaraf edilir, kaldırılır²⁴. Böylelikle iptal edilen kararın kendisi de iptal edilebilir. Bozulan hüküm böylece eğer bir kanun yolu tanınmışsa ve bu çerçevede yüksek merciin onayı koşuluna bağlıdır²⁵. Bozulacak karar kendisi kanun yolu merciinde bozulursa karar hukuki anlamda hiçbir şekilde hasıl olmamıştır ve kendisi tarafından kaldırılan kararı da yok etmemiştir. Bozulan karar şekli anlamda kesinlik kazanmış ise, itiraz olunan kararın yok edilmesi, bertaraf edilmesi kesinlik kazanır. Böylece bozulan kararı yok hükmün yanına koymaktan endişe duymaya gerek yoktur²⁶. Bozulan karar şekli anlamda kesinleşmemiş ve bu nedenle kesin değiştirilemez olmadığı için, bozulan hükmün kesinlikle yok olması muallaktır²⁷. Bu nedenle koşullu yok hüküm olarak nitelendirebiliriz²⁸

Yukarıda belirtilenler, itiraz edilen hüküm değiştirilirse de geçerlidir²⁹. Değiştirilen karar, itiraz edilen kararın bozulması ve düzeltici bir karar ile değiştirilmesini birbirine bağlar. İki karar bulunmamaktadır. Daha çok itiraz edilen karar düzeltilmiş karar ile bozulur. Yani bozulma, iptal, kaldırma, Kisch³⁰'in bir sözüne göre, sadece düzeltmenin diğer yüzüdür. Kararın yekpareliği, bütünlüğü, bozulan karar ile, temelinde yok eden düzeltilen kararı birbirinden ayırmamızın gerektiği ve bu kararın sadece iptal edilen kararın varlığının bertaraf edilmiş olduğunu kabul düşüncesinden bizi alamaz³¹.

²¹ Jauernig, s. 105; RGZ, 158, 195 (196, 197)

²² Jauernig, s. 105; Kisch, Urteilslehre, s. 169 vd.

²³ Jauernig, s. 105

²⁴ Jauernig, s. 105, dn. 22'de anılan (Rosenberg, § 56, I 1c); Karş: Hellwig, System, I, § 238 V 2a

²⁵ Jauernig, s. 105; RGZ, 158, 195 (196)

²⁶ Jauernig, s. 105

²⁷ Jauernig, s. 105; Hellwig, System, I, § 238 V 2a

²⁸ Jauernig, 105

²⁹ Jauernig, s. 106

³⁰ Jauernig, s. 106; Kisch, Urteilslehre, s. 181

³¹ Jauernig, s. 106

Eğer yüksek mercii kanun yolunu esastan, temelden yoksun olduğu gerekçesi ile reddederse, geri çevirirse, kanun yolu mahkemesi Wurzer'e³² göre, birinci derecenin kararını kabul eder, bu kararı kendine mal eder. Bu noktadan hareketle, sadece üst mahkemenin kararı vardır; itiraz edilen kararı tüketmiştir, yok etmiştir. Bu görüşün yanlışlığı, üst mahkemenin verdiği kararın hüküm fıkrasına(Tenor) bakışta kendisini gösterir. Hüküm fıkrası sadece başvurulmuş kanun yolunun reddini gösterir, ifade eder. Dava veya karşı davaya ileri sürülen talep hakkında bir karar verilmemektedir, bu daha çok iptal edilen kararın hüküm fıkrası bölümünde yer almaktadır³³. Eğer hüküm fıkrası, kanun yolu ile reddedilen karar ile ortadan kaldırılırsa, tüm dava boşuna yapılan bir süreç olacaktır. Zira sonunda öyle bir karar bulunacaktır ki- davanın reddi- dava veya karşı davada ileri sürülen talep hakkında karar vermeyecektir. Bu nedenle hem talep hakkında karar verilmiş olup olmadığını ve verilmişse hangi kapsamda olduğunu içeren kesin hükme bağlanmış bir tespit olmayacaktır, hem de icra kabiliyeti olan hüküm fıkrasından yoksun olacaktır³⁴.

Bu görüşe, içtihatla yaygın bir görüş karşı çıkmaktadır. İptali istenen talep hakkındaki kararın hüküm fıkrası, reddedilen kararla ortadan kaldırılmış olmamaktadır. Dava karşılık dava üzerinde ne suretle karar verilmiş olduğu, iptal edilen karar ile tayin edilemez, bunun için reddin unsurları ve sebepleri ölçü olarak alınır. Bu görüş genelde, dava veya karşı dava için verilen kararın hüküm fıkrası için şüpheli durumlarda son mercii sunduğu unsur ve sebepleri göz önünde bulundurarak yapılması ile tanımlanır³⁵. Son derece kararı olarak bir kanun yolunun reddi de görülebilir³⁶. Böylelikle iptal edilen kararın, ileri sürülen talebe ilişkin olarak verilen hüküm üzerinde ne ölçüde etkili olduğunun belirlenmesi yolu açılmıştır. İptal edilen kararın unsurları ve sebepleri yerine kanun yolunun reddi geçer, başka bir deyişle, o kararı bu ölçüde, kapsamda kaldırır. Örneğin, eğer davacının istinaf talebi usulen reddedilen istinaf davası, geçerli fakat gerekçelendirilmemiş olması nedeniyle reddedilirse, sözü edilen görüşe göre 1. mercide yapılan davanın usulen reddi, davanın esastan reddine dönüştürülmüştür³⁷. Bu görüşün

³² Jauernig, s. 106; Wurzer, s.193(istinaf için), s.194 vd. (temyiz için)

³³ Jauernig, s.106, dn.28: İtiraz edilen hüküm, ilk derece mahkemesinin verdiği hüküm ise istisnasız bu durum geçerlidir.

³⁴ Jauernig, s.106; dn. 29: Eğer eda davası sözkonusu ise. İnşai dava için benzer durum sözkonusudur.

³⁵ Jauernig, s.107,dn.31'de anılan (Baumbach- Lauterbach,§322, Bem. 2A)

³⁶ Jauernig, s.107

³⁷ Jauernig, s.107; Karş: BGHZ 7,174 vd.;22, 43 (45, 46 vd. 49)

uygunluğu, yüksek mahkemenin kanun yolunun reddine karar verirken ne hakkında karar verdiğine bağlıdır.³⁸

Yüksek mahkeme, dava veya karşılık dava hakkında hüküm vermişse, verilen kararın belirtilen kapsam içerisinde, iptal edilen kararın yerine geçebilir. Buna karşı çıkılamaz. Bu durum istisnasız olarak, birinci derecenin verdiği bir karar iptal edilmiş ve kanun yolu da gerekçesiz olması sebebiyle reddedilmişse geçerlidir. Bir istinaf kararına karşı yapılan temyiz başvurusu reddedilirse, beyan edilen görüşe göre temyiz kararı sadece verilen istinaf kararının metninin yorumuna hizmet edebilir, eğer orada ileri sürülen talep anlaşılıyor ise. Eğer bu olmazsa –örneğin istinaf kabule şayan olmadığı gerekçesi ile reddedilirse-, buradan temyiz kararının birinci merciin hüküm fıkrasını yorumlamak için kullanabileceği sonucu çıkmaz. Biraz önce bahsedilen olay ki istinafin kabule şayan olmadığı gerekçesi ile bir karara karşı yapılan temyiz reddi olayı düşünülebilir. Bu temyiz kararında asliye mahkemesi tarafından karar verilen dava veya karşı dava ile ilgili talep hakkında bir ifade bulunmasının anlamı yoktur. Bu olayda yukarıda bahsedilen görüşün temsilcileri dahi temyiz kararı vasıtasıyla asliye mahkemesinin verdiği hüküm fıkrasını yorumlamak istemeyeceklerdir³⁹.

Kanun yolunun reddi çoğu kez aleyhine kanun yoluna başvurulmuş bir kararın onanması, teyidi olarak tanımlanır. Sadece kanun yolu hakkında bir karar, dava ve karşılık dava ile ileri sürülen talep hakkında hüküm içermez. Eğer kanun yolu mahkemesi bununla ilgili karar verecekse, iptali istenen kararı kaldırmalı ve onun yerine daha iyileştirilmiş bir karar ikame etmelidir⁴⁰. Davanın reddedilmesi iptali istenen kararın maddi unsurlarını ve sebeplerini ortadan kaldırmaya müsait değildir. Bunun hüküm fıkrası geri gönderilen karar ile yorumlanmaktadır.⁴¹

Aynı görüşü İmparatorluk Mahkemesinin 5. Hukuk Dairesi⁴² ve Federal Mahkemenin 4. Hukuk Dairesi de savunmaktadır⁴³. Yüksek Eyalet Mahkemesi davayı usulden reddederse ve temyiz maddi hukuka ilişkin sebeplerden dolayı reddedilirse, temyiz kararı sadece temyiz haklı veya haksız reddedildiğine karar vermek

³⁸ Jauernig, s.107

³⁹ Jauernig, s.107-108

⁴⁰ Jauernig, s. 108

⁴¹ Jauernig, s. 109

⁴² Jauernig, s 109; JW 18,151

⁴³ Jauernig, s. 109; BGHZ 11,222(225 vd.)

durumundadır. Bu nedenle temyiz mahkemesi de yüksek eyalet mahkemesi gibi davayla ilgili esasa ilişkin bir karar veremez. Böylece davacı bu zamana kadar olan gerekçelerin sınırlandırmaları çerçevesinde yeni bir dava şeklini geçerli kılmak için talepte bulunabilir⁴⁴.

Federal mahkemenin 4. Hukuk dairesi bu şekildeki bir davayı anlamsız olarak görmektedir. Daire istinaf mahkemesine geri göndermekle aynı hukuki ihtilafta esasa ilişkin bir kararı mümkün kılmayı, usul ekonomisi bakımından tarafların yeni bir davaya yönlendirilmesinden daha uygun olacağını düşünmektedir.

Bununla Federal Mahkemenin 4. Hukuk Dairesi- sessiz kalarak- 2. Dairenin reddedilen istinaf mahkemesi kararının kesin hüküm halini alan içeriği, son kanun yolu derecesinde verilen hükmün karar temellerinden(gerekçelerinden) çıkarılmak zorunda olduğu görüşünü reddetmiştir.Bunu da sessiz kalarak yapmıştır.2. Daire bir kanun yolunun reddini de son derecenin bir kararı olarak tanımlamaktadır. Bu nedenle bulunduğu doğru olmayan noktadan bakılırsa, maddi hukuka ilişkin sebeplerden dolayı temyizcinin reddi yüksek eyalet mahkemesinin verdiği davanın usuli red kararı davanın esastan reddine dönüşecektir. Bu demektir ki red edilen karar istinaf kararını iptal etmiştir ve davanın esastan reddedilmesini ikame etmiştir⁴⁵.

Eğer red sadece kanun yolu hakkında bir red kararından ibaret ise, o zaman şundan sözedilebilir.İptali istenen karar tüm kapsamı ile tasdik edilmek isteniyorsa ,hüküm ne zaman tam onanmış olur? Tümüyle onama varsa o zaman sadece kanun yolu hakkında bir red kararından sözedilebilir. Fakat karar ne zaman tam olarak onaylanır?

Kararın ne zaman tam olarak onaylanacağı sorusu genel olarak cevaplanamaz. Fakat kesin olan husus şudur ki, eğer kanun yolu mahkemesi dava veya karşı dava talebi hakkında verilmiş ve aleyhine kanun yoluna başvurulmuş kesinleşme kabiliyeti olan kararı değiştirirse onamadan sözedilemez. Eğer kanun yolu mahkemesi aleyhine başvurulmuş kararı bu anlamda düzeltmek isterse, kaldırılmasına karar vermeli ve davayı geri göndermeli veya durum müsait ise dava veya karşı davayı kabul etmelidir. Eğer red

⁴⁴ Jauernig, s. 109

⁴⁵ Jauernig, s.109

sebepleri bir değiştirmeye dayandırılıyorsa ve kanun yolu reddedilirse iptali istenen kesin hüküm kabiliyeti olan karar yine tasdiklenmiştir⁴⁶.

Bu esaslar yüksek mahkemelerin yargılama süreçlerinde her zaman dikkate alınmaz.

Alman Federal Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi'nin kanun yolunun reddi konusunu tanımadığını daha önce belirtmiştik. Davanın reddi ile davaya tesir eden hüküm fıkrasının Federal Mahkeme tarafından kabul edilen yorumu, red vasıtasıyla rededilen karar bir değiştirilen hüküm karakterini kazanmaktadır. 4.2.1954'te verilen 4.Hukuk Dairesi kararı⁴⁷ ilginç bir şekilde kanun yolunun reddini davanın kararı ile birleştirir. Asliye mahkemesi evlilik dışı çocuk tarafından açılan nesep davasını kabule şayan olmadığı için reddetmiştir. Buna sebep olarak kan bağı ile soydanlık sorununun bir hukuk davasının konusu olamayacağı gösterilmiştir. İstinaf mahkemesi davayı kabule şayan bulmuş, fakat haksız olduğu gerekçesi ile istinafı reddetmiştir.⁴⁸ Federal Alman mahkemesi dava için tespitte yarar olduğunu kabul etmemiştir. Bu nedenle temyizi temelden yoksun olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Ayrıca temyiz kararının hüküm kısmında şu da vurgulanmaktadır ki, davanın istinaf mahkemesinin değerlendirdiği gibi haksız değil, kabule şayan olmadığının vurgulanması gerekir⁴⁹. Burada öncelikle istinaf mahkemesinin kararı yanlıştır. Usulden red yerine esastan red oturtulursa, ikame edilirse, o zaman bu da iptali istenen kararın değiştirilmesinden öte bir şey değildir.

Fakat yüksek eyalet mahkemesi istinafı reddetmiştir ve böylece asliye mahkemesinin kararı olduğu gibi kalmıştır. Bu görüşü Federal Mahkeme de benimsemektedir. Çünkü Federal Mahkeme eyalet mahkemesinin davanın usulden reddi yerine davanın esastan reddini ikame ettiğini söylemekten kaçınmıştır. Yüksek Eyalet Mahkemesi davacının istinaf istemini 8. 5 1953'te verilen kararı ile reddetmiştir ve davanın görülebilir ve fakat temelsiz (unbegründet) olduğunu hüküm fıkrasında açıklamıştır. Temyiz kararının karar kısmında davanın istinaf mahkemesinin düşündüğü

⁴⁶ Jauernig, s.110

⁴⁷ Jauernig, s. 110; ZZP 67, 375 vd.

⁴⁸ Jauernig, s.110; ZZP 67, 375

⁴⁹ Jauernig, s. 110; ZZP 67, 375 (379)

gibi temelsiz değil, kabule şayan olmadığı belirtilmiştir⁵⁰. Bu açıklama (istinaf kararının!) ile Federal Mahkeme temyizi reddetmiştir. Böylece eyalet mahkemesinin kan bağı ile soydanlığın bir hukuki davanın konusu olmayacağı sorusu ile ilgili verdiği karar kesin olarak onaylanmıştır ve kesinleşmiştir. Federal Mahkeme davayı tespitte menfaat yokluğu sebebi ile kabule şayan görmemiştir⁵¹. Buna rağmen temyizi davanın kabule şayan olmadığını ölçü alarak reddetmiştir⁵². Bunu asliye mahkemesi daha öncede belirtmiştir. Davanın, maddi hukuk sebepleriyle istinafin reddi, Usulden reddin esasa ilişkin red ile değiştirilmesine sebebiyet vermemiştir.

Bu nedenle Federal Mahkeme'nin kararının usule ilişkin ehemmiyeti vardır. Yani sadece kararın hüküm fıkrası incelendiğinde ve davacının temyiz istemi, davada tespit bakımından hukuki menfaati olmaması sebebiyle kabule şayan olmadığı için reddedilmesi ölçüt alınmak suretiyle reddedilmişse, kararın usule ilişkin önemi vardır. Fakat bu yorumun temyiz kararının bir boşluğunu doldurduğu da düşündürücü bir husustur. Çünkü Federal Mahkeme, temyizi sadece istinaf mahkemesi davayı geçerli fakat temelsiz olarak düşündüğü için, davanın geçersiz olarak reddini ölçü aldığı için reddetmiştir. Asliye mahkemesi tarafından verilen davanın usule ilişkin reddinin değiştirilmesini Federal Mahkeme düşünmemiştir. Bu nedenle temyiz kararının belirleyici kısmının boşlukları dolduracak şekilde yorumlanmaya müsait olup olmadığı şüphelidir⁵³.

C.Karar İçeriğinin Değiştirilmesi

Burada en önemli sorun, iptali istenen kararın kesinleşmiş içeriğinin, (kanun yolu mahkemesi açılan davada alt merciin dışında başka hukuki vasıf vermek istediğinde) değiştirilip değiştirilemeyeceği sorusudur. Örneğin asliye mahkemesi eda davasını satıma dayandırmışsa istinaf mahkemesi satış parası talebi yerine bir sebepsiz zenginleşme talebini yerinde bulmuş ise, burada istinaf mahkemesinin vereceği kararın asliye mahkemesinin vereceği kararı değiştirmesi konusu şüphelidir. Eğer bu doğru ise asliye mahkemesi kararının teknik anlamda değiştirilmesi zorunludur. Bu yalanlanırsa istinaf mahkemesi istinaf istemini reddetmiştir.

⁵⁰ Jauernig, s. 111; BGH ZZP 67, 375 (376, 379)

⁵¹ Jauernig, s. 111

⁵² Jauernig, s.111

⁵³ Jauernig, s. 112

Bu sorunun cevabı, ileri sürülen talebin maddi hukuk vasıflandırmasının veya hukuki vasıflandırmasının kararın kesinleşme kabiliyeti olan içeriğine dahil olup olmadığı ve maddi anlamda kesin hüküm etkisinin doğup doğmayacağına yatmaktadır. Aşağıda yapılan açıklama ileri sürülen talebin maddi hukuk anlamında vasıflandırılması sorununun eda davalarında değerlendirilecektir⁵⁴.

C.Dava Konusunun Maddi Hukuk Anlamında Tanımlanması ve Usuli Talep

İleri sürülen talebin mahkeme tarafından hukuki vasıflandırmasının maddi anlamda kesin hükme dönüşmesi, özellikle Lent⁵⁵, Münzel⁵⁶, Habscheid⁵⁷, Blomeyer⁵⁸ ve Götz⁵⁹ tarafından kabul edilmektedir. Aynı noktada Rosenberg⁶⁰, Baumbach-Lauterbach⁶¹ ve Stein- Jonas- Schönke⁶² de durmakta, yani aynı görüşü savunmaktadır. Götz⁶³, Schwab'ı⁶⁴ bu teorinin yandaşı olarak görmektedir. İmparatorluk mahkemesi⁶⁵, münferit olaylarda maddi hukuk anlamında sınıflandırmanın kesin hüküm kabiliyetini kabul etmiştir. Federal Mahkeme, bu görüşü açıkça reddetmektedir.

Eğer hüküm fıkrasında, dava reddedilmiştir veya örneğin davalı 1000 DM ödemeye mahkum edilmiştir gibi cümleler bulunuyorsa, ZPO §322 I anlamında hangi talep hakkında ve hangi kapsamda dava ile ilgili kesinleşmiş karar verildiği açık değildir⁶⁶.

Maddi anlamda kesin hükmün kapsamı ve geçerliliği- eğer şüpheler varsa- hüküm fıkrasının yorumu yoluyla, sebepler ve unsurlar araştırılmalıdır. Bu şekilde dolaylı olarak hem unsur hem sebepler de (eğer yorumlanmaları için gerekiyorsa)

⁵⁴ Jauernig, s. 115

⁵⁵ Jauernig, s. 115; Lehrbuch, 170 vd.

⁵⁶ Jauernig, s.115,dn.65'de anılan(NJW 56,228)

⁵⁷ Jauernig, s.115; Streitgegenstand, s. 123-126

⁵⁸ Jauernig, s. 115;Urteilsgegenstand, s.55vd.,61 vd.

⁵⁹ Jauernig, s. 115; s. 20 vd.

⁶⁰ Jauernig, s.115,dn.69'da anılan (§88 II 3c, § 150 II,1)

⁶¹ Jauernig, s. 115,dn.70'de anılan(§ 322, Bem.2A , C)

⁶² Jauernig, s. 115,dn.71'de anılan (§ 322, Bem. V 1a)

⁶³ S. 20 vd.; Jauernig, s, 115

⁶⁴ Streitgegenstand, s.142, 146; Jauernig, s. 115

⁶⁵ Jauernig, s.115; RGZ 50, 273 (279); 126, 234 (237)

⁶⁶ Jauernig, s. 116

kararın kesin hükmüne dahildir⁶⁷. Böylelikle ileri sürülen talebin maddi hukuk anlamında nitelendirmesinin kesin hüküm oluşturacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Yani hayat olayının saptanması ile davalının 100 DM ödemek zorunda olması gerektiği yönündeki hükmün kesin hüküm olarak tespit edilip edilmediği sorusu ortaya çıkmaktadır.

Başka bir deyişle, bir hükmün kesinleşmesinin objektif sınırlarının nerede olduğu araştırılmaktadır. Hükmün kesinleşmesinin objektif kapsamı veya karar konusu bugünkü görüşe göre dava konusu tarafından belirlenir. Dava konusu(usuli talep anlamında) ve karar konusu örtüşmektedir⁶⁸. Yani müddeabih ile mahkumünbih örtüşmektedir.

Maddi hukuk itibariyle nitelendirmenin kesin hüküm kabiliyeti kazanması ile ilgili soru bir dava konusu ile ilgili soruna bizi götürmektedir. Fakat bu sorunun cevaplanması, dava konusu ile ilgili yeniden alevlenen tartışmanın çeşitli ortaya çıkış nedenleri ile okuyucuya yansıtılmasını gerektirmektedir. Daha çok eda davasının ve kararının pratik olarak en önemli ve teorik olarak en sık rastlanılan olayda, dava konusunu ve veya karar konusunun saptanması yeterlidir. Bu incelemede dava konusu ve karar konusunun ayniyeti sorunu özellikle dikkate alınmalıdır⁶⁹.

Dava konusunun maddi hukuk anlamında tanımlanmasının çözümsüz usuli sorunlara, karmaşıklığa götürdüğü, son olarak Schwab ve Habscheid'in münhasıran dava konusu ile ilgili çalışmalarında görülmüştür. Her iki yazar Lent'in öğretisine karşıdır. Lent'in öğretisi, hem Schwab⁷⁰ hem Habscheid⁷¹ tarafından haklı olarak reddedilmiştir. Lent⁷² –bizim sorunumuzla ilgili-davanın konusu ve kararın konusunun aynı olarak tespit edilmesini düşünmektedir.

Lent, dava konusunu, davacı tarafından talep edilen maddi hak itibariyle BGB §985'e göre istihkak iddiası olarak görmektedir, ki onun kabulü veya reddinde kesin

⁶⁷ Jauernig, s. 116, dn. 77'de anılan (Stein- Jonas- Schönke ,§322, Bem. VII 1; Rosenberg, §150, II, 3); RGZ 33, 1 (4); 39, 167, (168); 97, 118(121)

⁶⁸ Jauernig, s. 116, dn. 80: Dava konusunun tümünün (usuli talep) karara bağlanmış olması koşulu ile.

⁶⁹ Jauernig, s. 116

⁷⁰ Streitgegenstand, s. 8 vd., 140; Jauernig, s. 117

⁷¹ Streitgegenstand, s. 68 vd. 118 vd, 206 vd.; Jauernig, 117

⁷² Jauernig, s. 117, dn. 84'de anılan (ZZP 65, 315 vd. ;ZZP 67, 393); Zivilprozessrecht, s. 173

hüküm oluşmaktadır. Dava konusu bizatihi maddi hak değil, daha çok usuli iddia edilen hak olarak maddi hukuka dayandırılarak tanımlanır⁷³. Eğer davacı, istihkak davasını hem BGB §985 hem de §556 ve §861’göre talep etme hakkına sahip ise, o takdirde Lent’in öğretisine göre üç dava konusu bulunur: Ne kadar talep bulunuyorsa, aynı oranda dava konusu bulunmaktadır⁷⁴.

Birçok dava hakkının bulunmasından, ancak tek tek hukuk normlarının taleplerin telahuku ile ilintili olduğu durumda söz edilebilir. Eğer bu durum söz konusu değil ise kurallar arasında yasa telahuku bulunur ve böylece Lent’e göre sadece bir maddi hak ve buna istinaden bir dava konusundan söz edilebilir. Lent⁷⁵, yasa telahuku ile ilgili aşağıdaki örneği vermektedir: Davacının tenzilat talebini BGB§ 459 I’e göre hata sebebi ve BGB§ 459 II’e göre temin edilen vasfın yokluğuna dayandırmaktadır.

Habscheid⁷⁶, Lent’in düşüncelerinin başkalarının yanı sıra, yasa ve talep telahuku⁷⁷ terimlerinin bugüne kadar tam olarak açıklanmadığını ve uygulamada tam olarak etkin bir şekilde kullanılmayacağını da belirtmiştir.

Yasa ve talep telahuku sınırlandırması, bütün dava konusu öğretileri için nesnel sorunun çözümü için kullanılır. Buradaki sorun ZPO §322I anlamında ne zaman bir taleplerin birliği ve ne zaman bir taleplerin çokluğunun ortaya çıktığıdır. Eğer bu sorunun çözümü için talep telahuku teriminden faydalanılırsa ve eğer hayat olayı birden fazla maddi hukuka ilişkin talep normlarını doğruluyorsa taleplerin çokluğuna evet demek gerekir. Ne kadar çok müstakil temel sebepler varsa, o kadar çok müstakil maddi talepler, o kadar da dava konuları bulunur. Bir temel sebebin diğeri karşısında müstakil olup olmadığı sorusu tipikleştirilmiş hayat olayının değer yargısına dayalı bir kıyaslaması ile cevaplanır⁷⁸. Eğer bir kimse bu sorunu yasa telahuku ve talep telahuku terimlerini kullanmadan çözmek isterse, maddi hukuk normlarının unsurlarından yola çıkarak taleplerin birliğinden veya çokluğundan yararlanmaktan sarfinazar etmiş olur.

⁷³ Lent, ZJP 65, 318; Karş: Schwab, Streitgegenstand, s.7 vd.; Habscheid, Streitgegenstand, s.118; Jauernig, s.117

⁷⁴ Jauernig, s.117

⁷⁵ Jauernig, s.117,dn.86’da anılan(ZJP 65, 337)

⁷⁶ Streitgegenstand, s.129

⁷⁷ Jauernig, s.117;Ayrıntılı bilgi için bkz: Lent,Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und im Zivilprozeß, Leipzig 1912/16

⁷⁸ Jauernig, s.118;Jauernig, s.118,dn.89’da anılan (Karş: Nikisch, AcP 154, s.278 vd.)

Hayat olayının bir bütünlük arzeden şekilde tek veya çok olduğunu tespit etmek için tipikleştirilmiş hayat olayı yerine doğal hayat olayından faydalanılır. Bunun için belirli sınırlandırma kriterlerinin gerekli olduğu açıktır.

Acaba telahuk teorilerinden hangisinin daha iyi olup olmadığı, öncelikle pozitif olarak ispatlanmalıdır. Bu, yasa ve talep telahuku terimlerinin hala daha tam açıklanmamış ve uygulamada güvenilir bir şekilde kullanılmadığı gerekçesiyle zorunludur⁷⁹.Lent tarafından kullanılan kavramların gerçekten işe yaramaz olduğu açık kalabilir. Çünkü Lent'in dava konusu öğretisi, başka engellere de takılmaktadır⁸⁰.

Davacı sadece hangi hukuki gerekçe ile olursa olsun, davayı kazanmak istediğinde ise, bu takdirde davacı tarafından iddia edilen maddi hakkı dava konusu olarak tanıyamayız. Davacı sadece öne sürdüğü vakıalar nedeniyle davayı kazanması gerektiğini iddia etmiştir.Gösterilebilecek maddi hukuk normları da,sadece iddianın beyanı için sunulmuştur.Bu düşünceleri Lent de paylaşmıştır⁸¹.Böylece dava konusunu, belirli kapsamda maddi hukuka dayandırmamaktadır, bilakis salt usul hukukuna dayandırmaktadır⁸².

Eda davalarında Lent'in yeni öğretisine göre, davacı bütünlük arzeden dilekçesi ile,belirli bir maddi hukuk talebinin tespiti vasıtasıyla değil, sadece bunun böyle olduğuna hükmedilmesi gerektiğini belirgin kılmalıdır⁸³. Schwab⁸⁴ ve Habscheid⁸⁵Lent'in öğretisine haklı olarak karşı çıkmıştır. Schwab ve Habscheid'a göre,Lent'in yeni öğretisi kendisinin geliştirdiği, dava konusunu iddia edilen maddi hak olduğu şeklindeki öğretisini yok etmektedir. Lent'in maddi hukuka oryante olmuş dava konusu kavramı sadece eda davaları anlamında kullanması, kendi düşüncesinin tutarsızlığını yükseltir⁸⁶.

⁷⁹ Jauernig, s.118;Habscheid, Streitgegenstand, s.129

⁸⁰ Jauernig, s.118

⁸¹ ZZP 65,333 vd. ; Zivilprozeßrecht, 101 vd.,Jauernig, s.118

⁸² Jauernig, s.118

⁸³ Jauernig, s.119;dn.92'de anılan (Lent, ZZP 65,336)

⁸⁴ Streitgegenstand,s. 24 vd., s.140; Jauernig, s.119

⁸⁵ Streitgegenstand, s.130, 69 vd.; Jauernig, s.119

⁸⁶ Jauernig, s. 119

Karar konusunu, yani maddi anlamda kesin hükmün konusunu, Lent ⁸⁷,BGB § 194 anlamında mahkeme tarafından çıkartılan maddi hukuk talebi olarak tanımlamaktadır.(Örn: Satış parası talebi, kira talebi vs.) Lent anlamında dava konusunun karar konusu ile karşılaştırılması şu tabloyu göstermektedir: Bu, davacı tarafından iddia edilen maddi hukuk anlamında talep, mahkeme tarafından saptanan maddi hukuk olarak tanımlanır⁸⁸.

Davacının iddiasının ve mahkemenin saptamalarının farklılık gösterebileceği açıktır. Lent'in haklı olarak öne sürdüğü gibi, hukuki sınıflandırma mahkemenin görevidir. Eğer dava ve karar konusu farklı bir kapsam da olabilmesinin imkanı var ise, Lent'in belirttiği gibi yeknesak bir belirleme anlamsızdır.Karar konusunun neden maddi hukuk tarafından belirlenmesi gerektiği sorusuna, Lent, BGB ve usul yasalarının bir çok hükmünün maddi hukuka ilişkin talebin kesin hüküm şeklinde tespitinden çıktığı hususu ile cevap vermiştir.Fakat gösterilen bu gerekçe ikna edici değildir⁸⁹.Yakın tarihte Schwab'ın⁹⁰ belirttiği gibi, Lent'in belirttiği birçok olayda karar konusu usuli olarak saptanmış ise tatminkar sonuçlara ulaşıldığı önceden söylenebilecektir.Eğer bu mümkün değilse,BGB§ 218 I durumunda olduğu gibi,medeni hukuk ile usul hukuku arasında bir zarar olmadan ayırım yapılabilir.Bu ayırım BGB §218 I 'in kullanımında ciddi sorunlar yaratmamıştır⁹¹.

Dava konusunun maddi hukuk anlamında belirlenmesinin istisnai durumları sayıca çok fazla olsa da, uygulamada sorun yaratmamaları Lent'in benimsediği kadar dava konusu teriminin yeknesaklığını yok edecek kadar önemli olduklarını göstermez.

Lent'in öğretisini maddi anlamda kesin hükmün kapsamında tekrar göz önüne alalım. Karar konusu mahkeme tarafından saptanan maddi haktır. Eda kararlarında mahkeme tarafından belirlenen maddi talebin (yani satış parası talebi veya kira talebi gibi) varlığı veya yokluğu hakkında kesin hüküm halini alır. Böylece ileri sürülen

⁸⁷ Jauernig,s.119,dn.97'de anılan(Lent, ZJP 65, 325); Lent, Zivilprozeßrecht, s.172 vd.

⁸⁸ Jauernig, s.119

⁸⁹ Jauernig, s.120

⁹⁰ Streitgegenstand, s. 142-144; Jauernig, s.129

⁹¹ Jauernig, s.120,dn.98'de anılan (Lent, ZJP 65 325 vd.);Lent,Zivilprozeßrecht,s.172

talebin maddi hukuk anlamında sınıflandırılması kesin hüküm şeklinde saptanır⁹². Buraya kadar Rosenberg⁹³ ve onu takiben Habscheid⁹⁴, Lent ile aynı fikirdeler.

Rosenberg'in bu konudaki çıkış noktası farklıdır. Rosenberg dava konusu kavramını Lent'in aksine salt usuli talep (prozessualer Anspruch)⁹⁵ olarak tanımlamaktadır⁹⁶. Ancak bu talep kesin hükmün konusu değildir; aksine mahkemenin bu talep doğrultusunda verdiği kararın konusudur. Verilen karar vasıtasıyla talebin hukuki tasnifi ile ilgili mevcut olan belirsizlik ortadan kalkar. Böylece varlığı veya yokluğu ileri sürülen sözleşme ve(veya) mali sorumluluktan, haksız fiil, kredi veya ortaklıktan, mal ve (veya) mülkiyetten doğan hakkın (hukuki ilişkinin) mevcut olup olmadığı kesinleşir.⁹⁷

Buna göre, Rosenberg'in görüşünden maddi hukuk talebinin kesin hüküm oluşturduğu anlamı çıkartılmalıdır⁹⁸ ve Habscheid⁹⁹ da bunu yapmıştır.

Ancak Rosenberg başka bir yerde “zilyedlik veya mülkiyet, kredi, şirket, haksız fiil veya sözleşme ile ilgili kararların meşruiyetinde kesin hüküm oluşmayacağını da yazmıştır¹⁰⁰

Lent¹⁰¹, Rosenberg'in bu iki açıklamasında belirgin bir çelişki saptamıştır.

Schwab¹⁰², Rosenberg'in daha önceleri yaptığı açıklamaların usuli dava konusu kavramı ile sadece görünürde uyuşmadığını söylemektedir.

Bu uyuşmazlığın gerçekten de sadece görünürde var olup olmadığı şüphelidir, çünkü Rosenberg¹⁰³ yazının devamında şunları söylemektedir: Kesinleşmesi gereken usuli talep hakkında karar usuli talebin mevcut olup olmadığının saptanmasıdır. Burada

⁹² Jauernig, s.120

⁹³ Jauernig, s.120,dn.105'de anılan (Rosenberg,§88 II 3c, § 150 I 1)

⁹⁴ Streitgegenstand,s. 123 vd.; Jauernig, s.120

⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: Özkaya-Ferendeci, s.127,140-141

⁹⁶ Jauernig, s.121,dn.107'de anılan(Rosenberg,§ 88 I 2b); Habscheid, Streitgegenstand, s.112 vd,132 vd.

⁹⁷ Jauernig, s.121,dn.108'de anılan(Rosenberg,§88 II 2b);Karş:Schwab,Streitgegenstand,s.40

⁹⁸ Jauernig, s.121

⁹⁹ Streitgegenstand, s.123 vd.

¹⁰⁰ Jauernig, s.121,dn.111'de anılan(Rosenberg,§88 II 2)

¹⁰¹ Jauernig, s.121,dn. 112'de anılan (ZZP 65,342vd.)

¹⁰² Streitgegenstand, s.40; Karş: s.147

¹⁰³ Jauernig, s.121,dn.114'de anılan (Rosenberg,§150 I 1)

karardan doğan hukuki nitelendirmeden dolayı örneğin, eda davasında maddi hukuk itibarıyla talebin var olup olmadığının saptanması gibi, dava açılması söz konusudur. Metnin devamı ise şöyle¹⁰⁴: Kesin hüküm ..., davacının bu hayat olayından medeni hukuka ilişkin geçerli bulunan talebinin olup olmadığını göstermektedir... ve kendisine mahkemece verilen hukuki nitelendirmeye göre örn. Zilyedlik veya mülkiyetten, kredi veya şirketten, sözleşme ihlali veya haksız fiilden, esas temel borç ilişkisinden veya kambiyo senedinden doğan tutarın ödenmesi hakkı gibi aşırı yararlanmadan dolayı sözleşmenin hükümsüz olduğu gibi.

Yukarıda bahsedilen açıklamalarda çelişki olmasının sebebi şudur: Rosenberg ders kitabının 3.baskısına kadar¹⁰⁵, §194 BGB'nin tanımını uyarınca kabul edilen veya reddedilen maddi hukuk talebinin kesinlik kazanacağı görüşünü savunmaktadır. Hayat olayından medeni hukuka ilişkin birden çok talep çıksa da, verilen hüküm yalnız bir hukuki bakış açısını, yani BGB uyarınca olan talebi karara bağlamıştır¹⁰⁶.

Böylece diğer hukuki açılardan, yani medeni hukuka ilişkin taleplerde kesinleşmiş bir karar mevcut değildir. Bu durumda davacı ne tanınan ne de reddedilen medeni hukuka ilişkin olan talebi kesinlik kazanmış durumdan etkilenmeden diğer bir davaya taşınması mümkündür, özellikle esastan reddedilen hükümlerde¹⁰⁷.

Bu açıklamalarla Rosenberg usuli talep hakkındaki öğretisi ile çelişkiye düşmüştür, çünkü buna göre usuli talep ile BGB'nin talebi birbirinden bağımsızdır ve bu nedenle maddi hukuka ilişkin talep değil, usuli talep dava konusudur¹⁰⁸.

Rosenberg'in öğretisi o zamanlarda dava konusu olarak ZPO anlamında usuli talebin, kesinleşmiş karar konusunun ise BGB anlamında talebin oluşturmaya yol açmıştır¹⁰⁹.

Nikisch¹¹⁰-haklı bir şekilde- bu görüşe karşı çıkmıştır. Bunun üzerine Rosenberg ders kitabının 4.baskısından itibaren davacının talep telahuku durumunda

¹⁰⁴ Jauernig, s.121, dn.115'de anılan (Rosenberg,§150 II 1)

¹⁰⁵ Jauernig, s.122,dn.119'da anılan(Rosenberg,§88 II 3c,§156 I 3 b)

¹⁰⁶ Jauernig, s.122

¹⁰⁷ Jauernig, s.123

¹⁰⁸ Jauernig, s.123,dn. 120'de anılan (Rosenberg,3.Bası,§88 I 2b; aynı şekilde 7.Bası,§88 I 2b)

¹⁰⁹ Jauernig, s.123

mahkemece yalnız maddi hukuk talebi ile ilgili karar verilmişse, ilk hükmün kesinleşmesine takılmadan yeni dava açabilmesi görüşünden vazgeçmiştir¹¹¹.

Schwab¹¹², Rosenberg'in bundan böyle maddi hukuku genel olarak kararın konusu ve böylece kesin hükmün konusu olarak görmediği görüşündedir. Bu görüş mantıklıdır. Ancak yukarıda alıntısı yapılan ders kitabının 3. ve 7.baskısında mevcut çelişkiler nedeniyle Rosenberg'in görüşünde değişiklik oluşup oluşmadığı belirsizdir¹¹³. Önemli olan şudur:

Maddi hukuk (ileri sürülen talep maddi hukuk itibarıyla sınıflandırıldığında) Rosenberg'in görüşüne göre kararın konusu ve kesin hükmün konusu değildir. Bu durumda Schwab¹¹⁴, Rosenberg'i doğru yorumlamaktadır; ya da Rosenberg tam tersini kast etmektedir. Bu durumda Habscheid¹¹⁵ haklıdır; çünkü kendisi de bu görüşü doğru bulmaktadır ve savunmaktadır. Bu nedenle bu görüşü daha ayrıntılı ele alacağız¹¹⁶.

Daha önce de bahsedildiği gibi Habscheid¹¹⁷ dava konusunu usuli olarak kararın konusunu ise maddi hukuk itibarıyla belirler. Dava sırasında usuli talep yöneticidir. Maddi anlamda kesin hükmün devreye girmesiyle usuli talep önemini yitirir ve maddi talep tek başına hüküm sürer. Habscheid'ın¹¹⁸ sözleriyle; usuli talep kesin hüküm ile biter, kesin hüküm ile davacının maddi hakkı belirlenir.

Habscheid¹¹⁹ daha önce etkisiz kılınan usuli talebi (dava konusu anlamında) ne ilginçtir ki özellikle ikinci bir davada maddi anlamda kesin hükmün objektif sınırlarını belirlemek için kullanmaktadır.

Habscheid'ın düşüncesi aşağıdaki gibi özetlenebilir:

¹¹⁰ Streitgegenstand, s.149 vd.

¹¹¹ Jauernig, s.123

¹¹² Streitgegenstand, s.40

¹¹³ Jauernig, s.123,dn123: Rosenberg,6. Baskıdan itibaren Schwab tarafından oluşturulan dava konusu kavramını benimsemiştir. Ancak 3. Baskıdan aktardığı ve Schwab tarafından yorumlanan açıklamalarını değiştirmemiştir. Buradan yola çıkarak, bu açıklamalar Schwab'ın görüşüne göre değerlendirilebilir.

¹¹⁴ Streitgegenstand, s.40, s.141 vd.

¹¹⁵ Streitgegenstand, s.123

¹¹⁶ Jauernig, s.123

¹¹⁷ Streitgegenstand, s.99; Jauernig, s.123

¹¹⁸ Streitgegenstand,s.124, 125 vd.; Jauernig, s.124

¹¹⁹ Streitgegenstand, s.282,s.284 vd.; Jauernig, s.124

Usuli talep kararın maddi anlamda kesin hükmü ile biter. Kesin hüküm ile birlikte maddi hak ortaya çıkar. Ancak belirlenmiş maddi anlamda haklılık kesin hüküm halini alan tespitin kapsamını belirlemez. Kesin hükmün sınırları daha çok usuli talep sayesinde belirlenir ki, bu talep kesin hüküm ile halledilmiştir, yani artık mevcut değildir.

Habscheid'in tezindeki bu şeytan dairesi, belirsizlikler ve çelişkiler nedeniyle talep telahuku durumunda kendisinin somut olarak hangi sonuçlara vardığı önem kazanmaktadır. Eğer mahkeme maddi hukukla ilgili birçok talepten yalnız birini karara bağladıysa, davacı ilk hükmün kesinleşmesi nedeniyle yeni bir dava açamaz mı?¹²⁰

Habscheid'in görüşüne göre bilindiği üzere maddi talep kesin hükümle doğar. Bu nedenle-Habscheid'in bakış açısına göre¹²¹- davacının yeni bir dava açma hakkının olduğunu varsayabiliriz. Ancak Habscheid yeni bir davanın açılabilmesini reddetmektedir¹²², çünkü bu dava konusu öğretisinin bütünlüğünü bozmaktadır ve hukuk politikası açısından istenmeyen bir duruma yol açmaktadır¹²³.

Reddedilen tüm davacılar eğer atlanılan bir hukuki durumu fark ederlerse yeniden dava açabilirler. Bu kesinlikle doğrudur. Ancak yeni bir davanın reddi ile maddi hakkın kesinlik kazanacağı görüşü arasında nasıl bir bağ kurulabilir?¹²⁴

Bu soruna Habscheid¹²⁵, hükümde maddi hukukla ilgili sınıflandırmanın kesin hükmün objektif sınırları için önemsiz olduğu yanıtını vermektedir. Davacının ödeme talebini § 433 II BGB uyarınca onaylayan bir hüküm davacıya bu (maddi hukuk itibarıyla) hakkı verdiği gibi, zinaya dayalı bir boşanma davası da § 42 EheG (evlenme kanunu) uyarınca inşai bir tesire sahiptir. Maddi hukuk anlamı açısından kesin hükme bu etki sağlanmalıdır. Ancak bu durum kesin hükmün, dava konusunu-hukuken bakıldığında- bütünüyle kaldırdığı gerçeğini değiştirmez. Hukuku uygulamak sadece hakimnin görevidir. Davanın son hakimi hükmü verdiğiinde, dava tamamen sonlanmış olmalıdır. Aksi halde eski dava konusu yeni hukuki açılara dayanarak tekrar tekrar

¹²⁰ Jauernig, s.124

¹²¹ Streitgegenstand, s.287; Jauernig, s.124

¹²² Jauernig, s.124

¹²³ Jauernig, s.124-125

¹²⁴ Jauernig, s.125

¹²⁵ Streitgegenstand, s.288

gündeme getirilir. Bunun sonucunda maddi anlamda kesin hüküm “barışı sağlama” görevini yerine getiremez.

Dava konusu ve kararın konusu arasında bir birlik, bütünlük oluşturma çabasının olumlu sonuçlandığı söylenemez¹²⁶.

Eğer karar-Habscheid’in düşündüğü gibi- satış fiyatı talebi (§ 433 II BGB) vs. kesinleştirirse, hükümde maddi hukuk itibariyle nitelendirme “önemsiz” sayılamaz. Bu hukuki nitelendirme maddi anlamda kesin hükmün kapsamı için büyük önem taşımaktadır. Maddi hukukta adlandırılmamış, sınıflandırılmamış bir talep mevcut değildir. Bu nedenle maddi “bir” talebin saptanması hukuki nitelendirme gerektirmektedir örn. Satış bedeli talebi, kira talebi vs. Mahkeme yalnız bu hakkı kesin karara bağlamaktadır¹²⁷.

Talep telahuku durumunda da dava konusunun “hukuken bakıldığında” totaliter olarak sona erdiği tezini Habscheid, yalnız maddi hukuk itibariyle sınıflandırmanın “önemsiz” olduğu ile açıklamamaktadır. Aksine daha etkili olan bir gerekçe sunmaktadır: Eğer davacı yeniden dava açabilirse, kesin hüküm anlamını yitirmiştir¹²⁸.

Ancak bu ikinci gerekçe de Habscheid’in öğretisini kurtarmaya yeterli değildir. Gerekçelendirmelerini özetlersek bu daha açık görülecektir:

Maddi hak, talep kesin hükümde doğar, oluşur. Böylece talep telahuku durumunda yeni bir dava açılması mümkün olmalıdır. Ancak bu durumda da kesin hüküm anlamını yitirmektedir. Bu nedenle dava konusu hukuken tamamen halledilmiştir. Buna rağmen (sadece!) maddi hak kesin hükme bağlanır.

Yukarıda karar konusu teorisinde oluşan şeytan dairesi ve karmaşıklık burada da söz konusudur.¹²⁹

¹²⁶ Jauernig, s.125

¹²⁷ Jauernig, s.125

¹²⁸ Jauernig, s.125

¹²⁹ Jauernig, s.126

Bu çelişkilerin sebebi ise Habscheid’in “maddi hukuk ile dava konusunu” hükümde birleştirme çabasıdır.¹³⁰

Hakimin görevi dava konusunu maddi hukuka göre ölçmektir. Hakim karara bağlanması gereken davada objektif hukuku uygulamalıdır ve hukuksuz veya hukuka aykırı karar vermemelidir. Bu nedenle verdiği karar, ileri sürülen talebin maddi hukuk itibarıyla konumu ile de bağlantılı olmalıdır¹³¹

Maddi anlamda kesin hüküm –Habscheid’in görüşüne göre- hükümde maddi hukuk ile dava konusunun birleştirilmesini sağlar. Dava ile ilgili hakkın tanınmasına karar veren hüküm aynı zamanda maddi hukuku belirler, tespit eder.¹³² Usuli talep ve maddi hukukun “aynı anda” belirlenmesi, ikisi arasındaki farklılık sebebiyle imkansızdır. Ya usuli talep ya da maddi talebin karara bağlandığı görüşünü savunan Schwab’a¹³³ katılmak gerekir¹³⁴. Habscheid¹³⁵da usuli talebin maddi anlamda kesin hükmün oluşması ile “halledildiğini” söyleyerek bu görüşe katılmaktadır. Eğer bu doğru ise, Habscheid’in maddi hukuk ile dava konusunun birleştirilmesi beyanının aksine, kesinleşmiş hüküm tek yönlü bir maddi hukukla ilgili tespit, saptama içermektedir: Kesin hüküm usuli talebi “halletmektedir” ve maddi hakkı, maddi hukuku tek başına bırakır¹³⁶.

Dava konusu, karar konusu ve ayrıca hukuki sınıflandırma arasındaki bağlantıyı Schwab¹³⁷-Habscheid’in aksine- açıkça görmüştür ve ona göre sonuca varmıştır. O (Schwab), karar sayesinde hukuki sınıflandırma ile ilgili belirsizliğin ortadan kalktığını haklı olarak kabul etmektedir. Kararın kesinleşmesinden sonra mahkemenin kararı hangi maddi hukuk bakış açısıyla verdiğinin kesinleşmiş olması da tartışılmazdır. Maddi hukuk kararın konusu değildir. Kesin hükmün objektif kapsamı için bu önemlidir¹³⁸.

¹³⁰ Streitgegenstand, s.288; Jauernig, s.126

¹³¹ Habscheid, Streitgegenstand, s.123; Jauernig, s.126

¹³² Habscheid, Streitgegenstand, s.126; Jauernig, s.126

¹³³ Streitgegenstand, s.151

¹³⁴ Jauernig, s.126, dn.139

¹³⁵ Streitgegenstand, s.124, 125 vd.

¹³⁶ Jauernig, s.126

¹³⁷ Jauernig, s.126

¹³⁸ Jauernig, s.126-127

Maddi hukuk ile dava konusunu hükümde birleştirme olanağı ancak daha önce –(eda) davası için–“maddi hukuk ile dava konusunu” ayırmış olanlar için mümkündür. Habscheid bu yolu seçmiştir. Habscheid’in izlediği yol Arwed Blomeyer’in eleştirisine maruz kalmıştır¹³⁹. Blomeyer’in çabası “eda davasında hükmün kesin hüküm etkisi için maddi talep ve karar konusu arasındaki maddi bağlantıyı” öne çıkarmaktır¹⁴⁰. Böylece Habscheid ve Schwab tarafından güçlendirilen maddi talep ve dava talebinin birbirinden ayrılması eğilimine karşı çıkılacaktır¹⁴¹

Maddi talep ile hükmün konusu arasındaki bağlantıyı öne çıkartmasıyla Blomeyer “eda davasında hükmün konusu” çalışmasını ithaf ettiği Lent’le uyuşmaktadır¹⁴². Ancak Blomeyer çıkış noktasında bile Lent’in görüşünden farklılık göstermektedir. Bahsedildiği gibi Lent¹⁴³ şuradan hareket etmektedir: Davanın konusu ile kesin hüküm için ölçü olacak, esas olacak karar konusu bir birlik içerisinde belirlenmek zorundadır. Blomeyer’a göre, dava konusunun işlevi, dava sırasındaki hukuki sorun için bazı kriterler gerektirmektedir; fakat kesin hüküm için başka kriterlerde gereklidir. Buna karşı sadece görünürde suni olarak zorunlu, zorlayıcı şu cümle durmaktadır: Dava konusunun dava ile ilgili tüm konularda tek ve aynı olması gerekir. Dava konusu ile ilgili yargılama nasıl yapılırsa, hüküm o şekilde verilir ve kesin hükme alınır. Bu tarz bir cümle ancak usul hükümlerinin makul amacı ile uyuştığında tatminkar olabilir. Bu da şüphelidir¹⁴⁴.

Blomeyer, kesin hükmün konusunu ve böylece “kararın konusunu” Nikisch¹⁴⁵’e katılarak, “davacının hak iddiası ve buna bağlı olarak iddia edilen maddi hakkın var olup olmadığı” ile tanımlar¹⁴⁶.

Eda hükmünün konusu, “karar verilen somut eda talebidir”¹⁴⁷ Bu somut talep ferdileştirilmeye (Individualisierung) muhtaçtır. Blomeyer, hükmün dava talebini

¹³⁹ Jauernig, s.127

¹⁴⁰ Blomeyer, Urteilsgegenstand, s.43; Jauernig, s.127

¹⁴¹ Blomeyer, Urteilsgegenstand, s.43; Jauernig, s.127

¹⁴² Blomeyer, Urteilsgegenstand, s.43

¹⁴³ Zivilprozeßrecht, s.173

¹⁴⁴ Blomeyer, s.43 vd.; Jauernig, s.127

¹⁴⁵ Jauernig, s.127, dn.149’da anılan (AcP 154,271 vd; özellikle 297 vd.)

¹⁴⁶ Blomeyer, Urteilsgegenstand, 52; Jauernig, s.127

¹⁴⁷ Blomeyer, Urteilsgegenstand, s.55; Jauernig, s.128

tanınması veya reddetmesine göre ayırım yapar¹⁴⁸. Bu ayırım nesnel görünmektedir. Ayrıca davayı reddeden hükmün kesin hüküm etkisi için mihenk taşı oluşturduğu da doğrudur¹⁴⁹. Buna rağmen aşağıda Blomeyer'in yalnız kabul eden hükümleri(davayı kabul hükümleri) eleştiri için ele alınacaktır. Bunun sebebi yaptığımız araştırmada yalnız maddi hukukla ilgili kategorilerin kesinlik kazanıp kazanmadığı konusunu işlememizdir. Blomeyer da bu konuyu özellikle kabul hükümlerinde ele almıştır¹⁵⁰.

Blomeyer'e göre¹⁵¹ karar gerekçesindeki maddi ve hukuki koşullara göre, hüküm fıkrasında tanınan talep, hükmü ferdileştirir. Ancak burada hukuki sınıflandırmanın kesin hüküm kabiliyeti hakkında henüz bir şey söylenemez. Farklı bir yerde Stein-Jonas-Schönke'nin¹⁵² açıklamasından sonra daha net bilgi yer almaktadır: Bir kira sözleşmesinden doğan ödeme, satım, ariyet veya mülkiyetten doğan teslim borcu olduğu hakkında kesin hüküm oluşur. Blomeyer'e göre¹⁵³ bu mantıklıdır, çünkü tanınan hak, talep hem oluşması hem de hukuki özelliği bakımından tespit edilebilir. Sorun şudur: **Kesin hüküm etkisinin sınırlandırılmasında bu unsurlardan ne ölçüde faydalanılır? Hükümle kabul edilmiş somut talebin diğerlerinden sınırlandırılmasında gerekli olan unsurlar ne kapsamdadır?**¹⁵⁴

Bu açıklamalardan yola çıkarak Blomeyer'in hukuki sınıflandırmanın kesin hüküm etkisini örn. aylık kira talebi gibi temelde onayladığı, ancak ardından bu hakkı "kesin hüküm etkisinin sınırlandırılmasına" indirgemek istediği anlaşılmaktadır. Diğer bir deyişle: Örn. belirli bir kira sözleşmesinden doğan ödemenin ödeme borcu olduğu kesinlik kazanır. Ancak eğer kesin hükme varmış bir hakkı diğer haklardan ayırd etmek yani kesinliğini sınırlamak için bu kadar kapsamlı kesin bir tespit gerekli değil ise, kesin hüküm olmuş olan tespit yalnız gerektiği kapsama indirgenir, sınırlandırılır¹⁵⁵.

c) Hangi durumlarda eda talebinin, belirli bir hukuki nitelendirmesi "somut eda talebini" diğerlerinden ayırmaya yarar? Bir mahkemenin örn. Ödeme talebini "istisna

¹⁴⁸ Blomeyer, Urteilsgegenstand, 55 vd.

¹⁴⁹ Blomeyer, Urteilsgegenstand, s.60; Jauernig, s.128

¹⁵⁰ Jauernig, s.128

¹⁵¹ Blomeyer, Urteilsgegenstand, s.55; Jauernig, s.128

¹⁵² Jauernig, s.128, dn.155'de anılan(Stein/Jonas/Schönke, §322, Bem. V 1)

¹⁵³ Blomeyer, Urteilsgegenstand, s.55

¹⁵⁴ Blomeyer, Urteilsgegenstand, s.60; Jauernig, s.128

¹⁵⁵ Jauernig, s.128

sözleşmesi” veya “hizmet akdi” üzerinden onaylaması diğer “somut haklardan” ayrılması için bir önem taşımamaktadır. Her iki durumda aynıdır. Buradan anlaşılıyor ki, mahkemece belirlenen hukuki nitelendirmenin diğer “somut taleplerden” ayrılmasının bir önemi yoktur¹⁵⁶.

Blomeyer de bu tespiti göz önünde bulundurmaktadır. Ancak kendisi¹⁵⁷ hukuki değerlendirme (ve olay) kesinleşmiş somut talebi diğerlerinden ayırdığını ileri sürmektedir. Talebin hukuki nitelendirmesinin anlamı, pratik önemi Blomeyer’in görüşüne göre, sadece böyle tasnif edilmiş talebin özel niteliğinden, müteakip hukuki sonuçlar çıkıyorsa ortaya çıkmaktadır¹⁵⁸, örn. ücretin haczinin caiz olmaması¹⁵⁹.

“Diğer hukuki sonuçların” somut talebin diğerlerinden ayrılmasını ile alakalı olmadığı açık olarak görülmektedir. Somut talebin kesinleşmesi ile-Blomeyer’in “talebin özellikleri” diye adlandırdığı¹⁶⁰- diğer hukuki sonuçlarında kapsanıp kapsanmadığı, “bu özelliklerin kesin hükmü sınırlandırmak için gerekli olup olmaması” ile belirlenemez. Blomeyer da bu görüştedir¹⁶¹. Talebin özelliklerinin kesin hükme girip girmedikleri sorusuna Blomeyer “cevap mantıktan çok usuli amaca uygunluk” olmalıdır diye yanıtlar¹⁶². **Genelde hüküm talebi “genel olarak” hukuki olarak vasıflandırılmalıdır.** Böylece “somut ek sonuçlar” –örn. iflasta imtiyaz, haczin caiz olmaması- kesin hükme girmemelidir¹⁶³. Eğer bu doğruysa talebin hukuki nitelendirmesinin kesinlik kazanmasının bir anlamı olup olmadığından şüphe duymak gerekir. Ayrıca “genel hukuki nitelendirmenin” gerçekte ileri sürülen talebin maddi hukukla ilgili sınıflandırmasını içerip içermediği çok şüphelidir¹⁶⁴.

Çünkü § 194 BGB uyarınca eda talebinin hukuki sınıflandırması yalnız talep normu örn. § 611 I BGB ile gerçekleştirilebilir. Tipik hukuk sebep, örn. “hizmet akdi” ile değil. Maddi hukuk sadece “hizmet ücreti talebini” tanır, ancak “hizmet akdinden

¹⁵⁶ Jauernig, s.129; Karş:Lent,Zivilprozeßrecht, s.99

¹⁵⁷ Blomeyer, Urteilsgegenstand, s.60

¹⁵⁸ Blomeyer, Urteilsgegenstand, s.56

¹⁵⁹ Jauernig, s.129;Karş:Blomeyer, Urteilsgegenstand,s.56 vd.

¹⁶⁰ Urteilsgegenstand, s.57

¹⁶¹ Jauernig, s.129

¹⁶² Urteilsgegenstand, s.57;Jauernig, s.129

¹⁶³ Jauernig, s.129

¹⁶⁴ Jauernig, s.129

doğan genel ödeme talebini” tanımaz¹⁶⁵. Her kim kesin hüküm halini almış tespitin konusu olarak tanımlarsa, gerçekte hukuki nitelendirmenin kesin hüküm kabiliyetini reddetmiş olur. Talebin hukuki nitelendirmesi salt hüküm unsuru olmuştur, bu nedenle bir hükmün kesin hükmüne dahil değildir¹⁶⁶.

Burada hukuki sınıflandırmanın kesinlik kazanmadığı görüşü Stein-Jonas-Schönke¹⁶⁷ ve Baumbach-Lauterbach¹⁶⁸ tarafından da paylaşılmaktadır.

Stein-Jonas-Schönke’nin kullandığı ifade ilk bakışta tam tersini akla getirmektedir:

Ödeme talebinin veya bir malı iade mükellefiyetinin hukuki sebep belirtmeksizin reddine karar verilmesi durumunda, bu red kararı muhtelif manalara gelir ve belirsizdir. Ödemenin bir kira sözleşmesinden, iadenin alım, ariyet veya mülkiyetten doğduğu eklendiğinde hukuki sonuç kesin hüküm konusu olur. Bu hukuki sebep sadece belirtilen hukuki sonucun sebebi olarak kesinleşir, hukuki sonuçtan bağımsız hukuki ilişki olarak değil¹⁶⁹. Örn. davacının § 985 BGB uyarınca iade hakkı bulunduğu için açılan iade davasında, Stein-Jonas-Schönke’nin uygun görüşüne göre davacının mülkiyeti kesin hükme girmez, çünkü “iade zorunluluğu” olan hukuki sonuçtan özelleştirilmiş, öznelleştirilmiş hukuki ilişkidir¹⁷⁰

Verilen örnekte maddi hukuk itibariyle mülkiyetin iadesi talebinin (§ 985 BGB) varlığı kesinleşirse, kesin hüküm aynı zamanda mecburen “münferiden tayin edilen” hukuki ilişkiyi, mülkiyeti de kapsar, çünkü mülkiyet olmazsa § 985 BGB’den doğan talep de olmaz¹⁷¹.

¹⁶⁵ Jauernig, s.130; Karş: Lent, Zivilprozeßrecht, s.171

¹⁶⁶ Jauernig, s.130

¹⁶⁷ Jauernig, s.130, dn.166’da anılan (Stein/Jonas/Schönke, § 322, Bem.V 1a)

¹⁶⁸ Jauernig, s.130, dn.167’de anılan (Baumbach/Lauterbach, § 322, Bem.2A, C c)

¹⁶⁹ Jauernig, s.130; RGZ 136,162(163); Karş: Blomeyer, Urteilsgegenstand, s.55

¹⁷⁰ Jauernig, s.130

¹⁷¹ Jauernig, s.131

Yukarıda bahsedilen örnekte maddi hukuk itibariyle malın iadesi talebi (§ 985 BGB) kesinlik kazansaydı kesin yargı kararı “ özel” hukuki ilişki dahilindeki malı da kapsardı, çünkü mal olmadan § 985 BGB’ya göre bir hak doğmamaktadır¹⁷².

Kesin hükmün sirayeti temelde yatan hukuki ilişkiden ayırık tutulabilir. Bunun şartı kesin hükmün maddi hukuk talebini değil, usuli talebi esas alıyor olmasıdır¹⁷³.

Bu bağlamda Stein-Jonas-Schönke-‘nin¹⁷⁴ yukarıda alıntısı yapılan açıklamalarından çıkan sonuç şu şekilde anlaşılabilir. Altılama sonucu (Subsumtionsschluss), tek tek öğeleri değil bir bütün olarak kesin hükmün konusunu oluşturmaktadır¹⁷⁵.

Maddi anlamda talep normu, altılamanın üst kavramıdır(Obersatz). Toplam sonucun birçok öğesinden sadece bir tanesinin hukuki bakış açısını takdim etmektedir, böylelikle kesin hüküm oluşturmamaktadır¹⁷⁶.

Baumbach-Lauterbach’ın¹⁷⁷ açıklamaları da aynı şekilde algılanmalıdır. Buna göre genel saptama şöyledir: Davalı 100,- DM ödemeye mahkum edilir saptaması kesin hüküm niteliğini kazanmaz; kesinlik kazanan “belirli bir satış sözleşmesinden” 100 DM’ın ödenmesidir¹⁷⁸.

Bu açıklama hüküm fıkrasının talep edilen ve kesinlik kazanan talebin belirlenmesi için uygun olmadığını göstermek içindir. Çünkü davacı aynı davalıdan benzer miktarda ödeme taleplerine sahip olabilir, örneğin biri “alım” diğeri “kira” üçüncüsü ise karzdan doğan ödemeler gibi. Hukuk terimlerinin belirtilmesi maddi-hukuk anlamında sınıflandırma için değil, fiili bakımdan dava konusunu sınırlandırmak içindir, tarafların alım, kira vs. gibi genel özellik taşıyan “ kullanımda tam gerçek olarak değerlendirilen ve algılanan” hukuki terimleri kullanmasından farksızdır¹⁷⁹.

¹⁷² Jauernig, s.131

¹⁷³ Jauernig, s.131

¹⁷⁴ Jauernig, s.130,dn170’de anılan(Stein/Jonas/Schönke,§ 322,Bem.V 1a

¹⁷⁵ Jauernig, s.131;Aynı şekilde: Schwab,Streitgegenstand,s.148

¹⁷⁶ Jauernig, s.131;ve dn. 172’de anılan(Rosenberg,§150 II) Aynı şekilde: Schwab,Streitgegenstand, s.146

¹⁷⁷ Jauernig, s.131,dn.173’de anılan(Baumbach/Lauterbach,§ 322, Bem.2 A, Cc)

¹⁷⁸ Jauernig, s.131

¹⁷⁹ Jauernig, s.131, Sattelmacher, s.121

Baumbach-Lauterbach'ın bu şekilde anlaşılmak istemeleri diğer bir tanımlamalarını gösterir: “Eda davasının kesinleşmesi ile bir satış sözleşmesinin yapıldığı belirlenemez. Eğer kesin yargı kararı alım fiyatını kapsamış olsaydı, (§433 I BGB) aynı zamanda bir satış sözleşmesinin varlığı kesinlik kazanmış olurdu. Bu nedenlerden dolayı Baumbach-Lauterbach'ın görüşüne göre de ileri sürülen talebin maddi hukuk itibariyle sınıflandırılmasında (düzenleme)kesinlik kazanmadığı varsayılmalıdır¹⁸⁰.”

Yapılan araştırmanın sonucu olarak, maddi talebin –veya diğer bir deyişle— ileri sürülen talep maddi hukuk düzenlemesinde kesin hüküm oluşturmayacağıdır. Karar da bahsedilen medeni hukuka ilişkin talep, sadece usuli bakımdan sadece bir maddi hukuk bakış açısıdır(Gesichtspunkt)¹⁸¹, bu hükmün kesin hüküm kazanan içeriğine ait değildir.

Eğer karar iptal edilirse ve kanun yolu mahkemesi bir alt mahkeme tarafından verilen maddi talep normunu bir başkası ile değiştirirse, hükmün kesin hüküm kazanmış içeriği böylece değişmez. Bu nedenle kanun yolu esastan reddedilmelidir; itiraz edilen karar bütün kapsamı ile onanır¹⁸².

¹⁸⁰ Jauernig, s.132

¹⁸¹ Jauernig, s.132,dn.176'da anılan(Rosenberg,§ 88 II 3 c)

¹⁸² Jauernig, s.132

§ 11 Yargılamanın Yenilenmesi İsteminin İncelenmesinde Hükümün Bertaraf Edilmesi

Yukarıda §10'da oluşturulan kanun yolu merciinde olan bir kararın kaldırılmasının sonuçları ile ilgili esaslar, aynı şekilde yargılamanın yenilenmesi yargılamasındaki kaldırma içinde geçerlidir¹.

Yargılamanın yenilenmesi davası kabule şayan, caiz ve haklı, temellendirilmiş ise; itiraz olunan hüküm bir ara karar (§ 303 ZPO) veya esasa ilişkin nihai karar ile kaldırılmalıdır².

Bu, mahkeme yargılamanın yenilemesi sebebini onayladığında ve eski dava sebebinin yeniden yargılanmasında itiraz edilen hüküm ile aynı sonuca varıldığında da geçerlidir. Sonuçta hemfikir olunmasına rağmen hüküm kaldırılmalıdır. Bunu yargılamanın yenilenmesi isteminin incelenmesindeki basamak şeklindeki işleyiş zorunlu kılmaktadır. Davaya, yeniden incelenen davanın kabule şayanlığı ve gerekçelendirilmesi, haklılığı ve eski dava konusunun yargılanması dahil olur (krş. § 590 II ZPO). Sonraki dava kısımları ile ilgili bir karar verebilmenin ön şartı, bir önceki süreç ile ilgili olumlu bir kararın verilmiş olmasıdır. Bu nedenle daha önceki dava konusu, ancak yargılamanın yenilenmesi sebebi onaylandığında ve itiraz olunan hüküm kaldırıldığında karara bağlanır³. Önceki dava ile ilgili yeni yargılamanın sonucu burada önem taşımamaktadır. Bu nedenle yeni yargılama ne bir teyittir, onamadır; ne de – Stein –Jonas-Schönke-Pohle⁴,nin kabul ettiği gibi- § 343 ZPO kıyasına göre hükmün varlığını devam ettirmesi (Aufrechterhaltung des Urteils), ayakta tutulması ile sona erdirilmesidir⁵.

Kanun yolu derecesinde iptalin aksine itiraz olunan hüküm, ancak yargılamanın yenilenmesi sebebini onaylanan karar şekli anlamda kesinlik kazandığında kalkar⁶. İptal eden karar bir usuli inşai hükümdür⁷. İtiraz olunan hükmü ortadan kaldırır

¹ Jauernig, s.132

² Jauernig, s.132 ve Karş: dn.1'de anılan(Rosenberg,§ 156 IV 2)

³ Jauernig, s.133,dn.2'de anılan(Rosenberg,§ 156 IV 3)

⁴ Jauernig, s.133,dn.3'de anılan(Stein/Jonas/Schönke/Pohle,§ 590,Bem.IV 1)

⁵ Jauernig, s.133

⁶ Jauernig, s.133, dn.4'de anılan(Rosenberg,§156 IV 2)

⁷ Jauernig, s.133,Kisch,Uretilslehre, s.182 vd. Jauernig,s.133,dn 5'de anılan(Stein/Jonas/Schönke/Pohle,Bem. II 2 vor § 578, Bem.II 3b vor§ 253; Rosenberg,§ 154 II 1)

ve karar ile oluşan her hukukun yeniden inşası gibi, şekli anlamda kesin hşkşm halini alınca inşai tesir ortaya ıkar⁸.

Kesin hşkşm halini almış iptal kararının geriye dşnşk etkisi vardır, bu bildirilen işlem hibir zaman bir mahkemeye ait değildir, isnad edilemez. Bu nedenle kaldırılan hşkşm bu bağlamda bir yok hřkřmdřr⁹.

Federal Mahkeme aynı dşşşnceyi savunmaktadır. Federal Mahkeme¹⁰, yargılanmanın yenilenmesi isteminin incelenmesinde kesin hşkşm olmuş bir kararın iptalinin geriye dşnşk etkisinin olduğunu, yani hukuken bşyle bir kararın baştan itibaren yok sayıldığı anlamına geldiğini belirtmiřtir¹¹.

⁸ Jauernig, s.133, dn.6'da anılan(Rosenberg, § 87 I 3)

⁹ Jauernig, s.133, dn:7: Wach(RheinZ 3, 399) yanılmaktadır. şnkş Hellwig gibi, bozulmuş bir hşkmş sadece etkisiz olarak tanımlamaktadır.

¹⁰ BGHZ 18, 350(357 vd.)

¹¹ Jauernig, s.133

§ 12 Kanun Yolu ve Yargılamanın Yenilenmesi Dışında Hükmün Bertaraf Edilmesi

Kanun yolu ve yargılamanın yenilenmesi isteminin dışında da hükmün kaldırılabilmesi yeni bir durum değildir. Aşağıdaki bilgiler tüm düşünülebilir vakaların ayrıntılı bir sıralaması niteliği taşımamaktadır, aksine uygulamada özellikle önem taşıyan vakalar sayesinde bu tür hükümlerin kaldırılması anlatılmak istenmektedir¹.

A. Bir Başka Hükmün Çıkarılması Sonucunda Bir Hükmün Bertaraf Edilmesi

ZPO §§ 302 I ve 599 I davalı aleyhine taleple ilgili, dava talebi ile ilgili nihai bir karar vermeden davalıyı yargılamaya, onu mahkum etmeye izin vermektedir. § 302 I ZPO durumunda “ takas ile ilgili karar saklı tutularak” bir hükme varılır. § 599 I ZPO uyarınca yapılan bir yargılamada davalının haklarını ileri sürme imkanı saklı tutulur. Her iki durumda da bir mahfuz tutma, mahfuziyet hükmü(Vorbehaltsurteil) söz konusudur. Sonradan yapılan yargılamada davalının talebinin gerekçesiz olduğu ortaya çıkarsa mahfuz tutan hüküm kaldırılmalı ve dava reddedilmelidir. (§§ 302 IV ve 600 II ZPO)²

Mahfuz tutan hüküm, kaldırılan hükmün kesin hüküm halini almasıyla ortadan kalkar³; aidiyeti yok edilmiştir⁴.

Davalı sonradan yapılan yargılamada nihai olarak mahkum edildiyse bu hükmün varlığı, mahfuziyet hükmünün bir üst mercii tarafından teyid edilmiş, onanmış olmasına bağlıdır⁵.

Mahfuziyet hükmünün varlığını devam ettirmesi sonradan yapılan yargılamanın davayı onaylayan nihai kararının varlığına, mevcudiyetine bağlıdır⁶.

¹ Jauernig, s.134

² Jauernig, s.134

³ Jauernig, s134,dn.2: Kararın verilmesi ile kalkmaz.

⁴ Jauernig, s.134

⁵ Jauernig, s.134

⁶ Hellwig, System, I, §160 I 6; Jauernig, s.135,dn.4'te anılan(Rosenberg, §55 IV 4; Baumbach/Lauterbach, § 599, Bem.3; Stein/Jonas/Schönke/Pohle, § 600, Bem.II)

Yüksek mahkeme mahfuziyet kararını yok sayarsa aynı zamanda herhangi başka bir açıklamaya gerek duyulmadan, hatta o kesin hüküm halini almış olsa bile sonraki duruşmada verilen nihai hüküm kalkar⁷.

Yukarıda bahsedilen hüküm ile §§ 275,304 ZPO bağlamındaki koşullu nihai hükümler belirli bir benzerlik göstermektedir. Burada esas konu ile ilgili nihai kararın varlığı⁸, ara hükmün(Zwischenurteil) (§ 275 ZPO)iptaline ya da esas hakkındaki hükmün (Grundurteil) (§ 304 ZPO) iptali vasıtasıyla bozucu şarta bağlıdır⁹.

İlk itirazı iptal eden (§ 275 ZPO) veya itiraz sebebini onaylayan(§ 304 ZPO) ara karar, kanun yolunda kaldırılırsa ve dava nihai olarak reddedilirse alt merci de verilen bir nihai karar ortadan kalkar. Nihai hükmün yok olması, ancak ilk kez ortadan kaldıran hükmün kesin hüküm halini alması ile gerçekleşir¹⁰.

Burada koşullu karşılık dava sonucu ortaya çıkan hüküm de, üst derece mahkemesince verilen davayı sonuçlandıran karar kaldırılıncaya kadar geçerlidir¹¹.

Bununla aşağıdaki olay kastedilmiştir:

Davalı karşı davayı, davanın kabul edilmesi haline, bu şarta bağlı olarak, bu durum için koşullu olarak açmıştır¹². İlk derece mahkemesi davayı kabul ederse o aynı zamanda karşılık davayı da karara bağlar. Dava ile ilgili karar üst derece mahkemesi tarafından iptal edilirse, karşılık dava için verilen hüküm de artık varlığını koruyamaz. Çünkü karşılık dava hakkındaki hükmün varlığı, davayı oluşturan hükmün varlığını sürdürmesi şartına bağlıdır¹³.

Bu nedenle iptaline gerek kalmamaktadır. Buna mukabil uygulamada üst derece mahkemesinin verdiği kararda karşılık davada verilen hükmün var olmadığının

⁷ Jauernig, s.135,dn.5'te anılan (Baumbach/Lauterbach,§ 302,Bem 4 B)

⁸ Jauernig, s.135,dn.6: Sadece etkisi değil!

⁹ Jauernig, s.135

¹⁰ Jauernig, s.135

¹¹ Jauernig, s.135

¹² Jauernig, s.135,dn.9: Davalı tarafından açılan davanın reddi ve karşılık dava talebi arasında terdit ilişkisi mevcut ise bu mümkündür.

¹³ Jauernig, s.135-136

tespit edildiği görülmektedir. Kanun yolu mahkemesi tarafından hükmün “kaldırılması” sadece açıklayıcı özellik taşıyabilir¹⁴.

Bir kanun yolu veya bir gıyabi hükme itiraz başvuru süresinin geçirilmesi veya gerekçelendirme süresinin kaçırılması nedeniyle temyiz veya istinaf reddedilirse daha sonra eski hale iade kurumu tanınırsa geçersiz kılınan karar, bunun bir karar veya hüküm olması fark yaratmaksızın yok sayılır. Çünkü eski hale iade süresinin geçirilmesi, kaçırılması ile ilgili doğan sonuçlar ortadan kalkar; buna red hakkında kararı(Verwerfungsbeschluß) veya red hükmü(Verwefungsurteil) de dahildir.¹⁵

Bir hukuki ihtilafta farklı mahkemelerin kendilerinin yetkisiz oldukları hakkında verdikleri kararın kesin hüküm halini alması ve bunlardan birinin bir üst mahkeme tarafından “ yetkili mahkeme” (§ 36 No.6 ZPO) olarak belirlendiği durumda benzer durum söz konusudur¹⁶. Yetkili olduğu açıklanan mahkemenin yetkisiz olması nedeniyle rededen kararı da böylece bertaraf edilmiş olur. Federal Mahkemenin¹⁷ değişimiyle geçersiz (hinfällig) olmuştur¹⁸.

Federal anayasa mahkemesinin 20.03.1956 tarihli kararı¹⁹, hükmün dolaylı bir biçimde kaldırılması ile ilgili diğer ilginç bir örnek teşkil etmektedir. Bu duruma aşağıda belirtilen konu bir örnektir:

Anayasal şikayet davacısı, bir asliye mahkemesi kararı ile hapis cezasına çarptırılmıştır. Onun temyiz başvurusu Federal Mahkeme tarafından rededilmiştir. Daha sonra davalı asliye mahkemesinin kararına karşı mahkemedeki bazı işlemler nedeniyle tabii hakim ilkesine aykırı bir şekilde tabii hakimden mahrum bırakılmış ve bu nedenle Madde 101 I 2GG’ye karşı bir durum olduğu için anayasaya aykırılık itirazında bulunmuştur²⁰.

¹⁴ Jauernig, s.136

¹⁵ Jauernig, s.136

¹⁶ Jauernig, s.136, dn.15: Belirleme daima bir karar(Beschluß)ile gerçekleşir.Bu nedenle durum yukarıda bahsedilenden ayrılmaktadır.Çünkü orada bir hüküm usulen başka bir hüküm ile kalkmaktadır.

¹⁷ BGHZ 17,168 (172) Burada haklı bir şekilde şekli anlamda kesinleşmiş bir hükmünde ZPO § 36 N.6 uyarınca kaldırılabilceğinin altı çizilmektedir.

¹⁸ Jauernig, s.136

¹⁹ Jauernig, s.136,dn.17’de anılan(NJW 56, 545 vd.)

²⁰ Jauernig, s.136,dn.19: Bir hükmün Federal anayasa mahkemesi tarafından anayasaya aykırılık itirazı nedeniyle kaldırılması ile kanun yolu mahkemesi tarafından kaldırılması aynı etkiye sahiptir. Ancak buradan anayasaya aykırılık itirazının bir tür süper temyiz(Super-Revision) olduğu anlaşılmamalıdır.

Federal Anayasa Mahkemesi asliye mahkemesi kararını madde 101 I 2 GG ile bağdaşmadığı gerekçesi ile kaldırmıştır ve ilave olarak şunu söylemiştir: Bu iptal Federal Mahkemenin kararına uzanır, çünkü bu kararı teyit etmektedir.” Başka bir deyişle: Kanun yolu mahkemesinin onama kararının varlığı Anayasa mahkemesi önündeki yargılamada işin esası hakkında temel olan kararın varlığının idame ettirilmesi bozucu şartına bağlıdır. İlk merciiin kararı iptal edilirse kanun yolu kararı da ortadan kalkar, aidiyeti geriye dönük olarak iptal olur²¹.

Kern’e göre²², bu hukuki durum, Federal Anayasa Mahkemesinin verdiği kararla, Federal Mahkemenin hükmünün “iptal etmesi” olarak görüldüğünde tam olarak algılanmamaktadır. “İptal olunan” yani inşa eden hükmün verilmesi ile kaldırılan hüküm sadece asliye mahkemesinin hükmüdür. Federal mahkemenin hükmü kendiliğinden iptal olmuştur; Federal Anayasa Mahkemesi tarafından “hükmün iptali” sadece hükmün var olmayışının, yokluğunun açıklanmasıdır²³.

B.Taraf Açıklaması Sonucunda Hükmün Bertaraf Edilmesi

Bir hükmün bir veya her iki tarafın beyanı ile ortadan kaldırılabilmesi ile ilgili soru genel olarak bakıldığında daha önceden de ele alınmış sorunun tersi, inkarı gibi görülmektedir. Tarafların kendi tutumları ile bir hükmün oluşturulabilirliği sorusu kastedilmiştir. Bunu biz kabul etmedik. Bu sorunun cevabı aynı şekilde yukarıdaki sorunun cevabı olarak da görülebilir ve böylece taraflara bir hükmün oluşması veya kaldırılması ile ilgili doğrudan bir etki tanınmamaktadır²⁴.

Aşağıdaki açıklamalarda kanunun farklı bir bakış açısına sahip olduğu ve her iki durumu farklı ele aldığı görülmektedir.

Derdest olan bir duruşmada dava geri alınırsa, § 271 1 ZPO’ya göre dava konusunun derdest olmadığı görülmektedir; daha önceden verilen ancak henüz kesinleşmeyen bir hüküm açıkça kaldırılmasına ihtiyaç olmadan geçersiz sayılır²⁵.

Federal anayasa mahkemesinin yargı erkindeki örgütsel konumu bunu kısıtlamaktadır. Mahkeme anayasaya aykırılık itirazı nedeniyle bir hükmü kaldırabilir. Ancak buna rağmen anayasaya aykırılık itirazı ulusal yargılama hukuku anlamında kanun yolu sayılmamaktadır.

²¹ Jauernig, s.137

²² JZ 56, 409

²³ Jauernig, s.137

²⁴ Jauernig, s.138

²⁵ Jauernig, s.138

Rosenberg²⁶ ve Göppinger²⁷ ayrıca OVG Münster²⁸ buradan yola çıkarak, verilen bir hükmün sadece görünürde etkisini yitirdiğini, yani sadece etkisini kaybettiğini ama özünde varlığına dokunulmamış olduğunu öne sürmüşlerdir.

Bu görüş onaylanamaz. Çünkü bu görüş, geri alınmadan önce verilen bir hükmün kanun nezdinde iptal olunan bir hüküm ile “etkisiz” hükmün bir görüldüğü atlanmıştır. Bu nedenle § 271 III 1 ZPO’nun söylediği gibi “kararın açık iptali” gerekmemektedir. Bir hükmün iptalinin, onun varlığını da bertaraf ettiği tartışmasızdır. Aynı sonuç, bir karar verildikten sonra dava geri alındığında ortaya çıkar, yani bu (henüz kesinleşmemiş olan) hüküm davanın geri alınması ile yok edilir. Mahkemenin davanın geri alınmasının sonucunu ifade etmesi (§ 271 III 3 ZPO) sadece açıklayıcı bir anlam taşır. Buna göre karar “mahkemenin tarihli hükmü... kaldırılmıştır” (kaldırılacaktır değil!), anlamına gelmektedir²⁹.

Bir tarafın beyanının—davanın geri alınması—bir hükmü yok edebilmesi kanun tarafından açıkça belirtilen hükmün varlığına temas etmektedir³⁰.

§ 271 III 1 ZPO bu anlamda tekil bir kural ihtiva eder. Tarafların kendi tutumuyla bir karar iptal edememesi prensibi için bir istisna teşkil etmektedir. Bu istisnaya rağmen § 271 III ZPO’nun benzer ancak kanunen düzenlenmemiş veya sadece kısmi olarak düzenlenmiş vakalarda aynı şekilde uygulanmasında bir sakınca yoktur³¹. Bununla ilgili ayrıntılardan bahsetmek isterim.

§ 271 III ZPO’nun kıyasen uygulanması, taraflar (henüz kesinleşmemiş) bir hüküm verildikten sonra, davayı fikir birliği içinde halledilmiş kabul ettiklerinde gerekli ve mümkündür³².

Karar verildikten sonra işin halledildiği beyanı kanun yolu merciinde veya gıyabi hükme itiraz edildiğinde verilebilir³³.

²⁶ Jauernig, s.138,dn.23’de anılan(Rosenberg,§ 73 IV 2b,§ 127 III 1)

²⁷ Jauernig, s.138; Göppinger, JZ 53,544

²⁸ Jauernig, s.138, dn.25’de anılan(NJW 54, 1624)

²⁹ Jauernig, s.138

³⁰ Jauernig, s.139

³¹ Jauernig, s.139

³² Jauernig , s.139

³³ Jauernig, s.139

§ 271 III 1 ZPO'nun uygulama olanağı mutabık olunan bir dava sürecinden doğar. Hem davanın geri alınması olayında hem de dava esasının görülmesinde dava konusu taraf beyanı (bir veya her iki tarafın) beyanı ile sonuçlanmaktadır. Yani mahkemenin esas hakkında kararı olmaksızın. Bu nedenle burada daha önceden verilen bir hükmün gidişatının nasıl olacağı sorusu ortaya çıkmaktadır § 271 III 1 ZPO buna bir cevap sunmaktadır ve bu cevap dava esasına da aktarılabilir. Buradan, bu durumda da hükmün—her iki tarafın mutabık beyanı olması durumunda—geriye dönük olarak ortadan kalktığı sonucuna varılır³⁴. Ancak daha önceden kesin hüküm halini alan hükümler olduğu gibi kalır. Kesinleşmiş kararın bertaraf edilmesi sıkı şartlara bağlıdır. Ancak sıkı şartlar altında mahkemece bertaraf edilmesine izin verilmiştir; bu tarafların serbest iradelerine, insiyatiflerine bırakılmış değildir. Bu esasın ZPO 271 III 1'deki yaptırımı, kanunun, kesin hüküm halini almış kararların mahkemece sıkı şartlar altında iptal edilmesi çabasıyla örtüşmektedir³⁵.

Hukuki durumun daha iyi anlaşılabilmesi gerekçesi ile masraf ile ilgili karar §91 a ZPO 'ya göre hükmün kaldırılması hakkında bilgi içermelidir³⁶. Burada da yukarıda 1'de önerilen açıklayıcı tanımlamanın, formulasyonun kullanılması önerilir. Formulasyonun belirleyici özelliğini anlamak ve böylece yaptırımı § 271 III 1 ZPO'daki “etkisiz” kelimesinden doğan yanlış anlaşılmalara önlemek amaçlanır³⁷.

Taraflar bir hüküm verildikten sonra etkili bir şekilde davada sulh olabiliyorlarsa, o takdirde yukarıda bahsedilen vakalar ile benzer bir durum ortaya çıkar: Dava konusu tarafların beyanatı sonucunda biter. Mahkemenin esas hakkındaki kararı ne istenmektedir ne de gereklidir. Bu nedenle burada da § 271 III ZPO aynı şekilde uygulanabilir. Daha önce verilen ancak henüz kesinleşmemiş hüküm davanın sulh ile sonlanmasıyla ortadan kalkmaktadır³⁸. Mahkeme bu etkiyi bir karar (Beschluss niteliğindeki bir karar) ile temin edebilir³⁹.

³⁴ Jauernig, s.139, dn.31; Göppinger, yukarıda bahsedilen yerde farklı görüştedir. Çünkü bir hükmün ZPO § 271 III 1 uyarınca etkisizliğini yanlış anlamıştır.

³⁵ Jauernig, s.139

³⁶ Jauernig, s.140, dn.32'de anılan(Stein/Jonas/ Schönke, §91a, Bem. VI 3; Schönke, JZ 52, 566)

³⁷ Jauernig, s.140

³⁸ Jauernig, s.140, dn.34'de anılan(Baumbach/Lauterbach, § 794, Bem. 2B; Stein/Jonas/Schönke/Pohle, § 794, Bem. II 3

³⁹ Jauernig, s.140

Eğer istinaf, istinaf kararı verildikten sonra geri alınırsa ⁴⁰, yine § 271 III 1 ZPO'ya benzer bir usuli durum ortaya çıkar. Buna göre istinafin geri alınması, 2. derecede verilen, henüz kesin hüküm halini almamış olan kararı yok eder⁴¹.

⁴⁰ Jauernig, s.140,dn.35:İstinaf mahkemesinin nihai kararı şekli anlamda kesin hüküm teşkil edinceye kadar mümkündür.

⁴¹ Jauernig, s.140,dn.36'da anılan(Stein/Jonas/Schönke/Pohle,§ 515, Bem. III 1)

Üçüncü Bölüm :Etkisiz ve Etkisi Azaltılmış Hüküm

§ 13 Etkisiz Hüküm Kavramı ve Bir Etkisiz Hüküm İmkanı, Olasılığı

A. Kavram Ve Sonuçları

Mahkeme tarafından verilen hatalı kararlar etkili ama iptal edilebilir kararlardır. Ancak hakim görüşe göre öyle büyük hatalar vardır ki,bunlar kararı etkisiz yapar.Örneğin, inşai etkisi olmayan inşai kararlar etkisizdir.Maddi anlamda kesin hüküm oluşturmayan bir eda veya tespit hükmü etkisizdir.Bu tür kararların diğer etkileri;bir normun belirli bir hükmün verilmesi vakasına bağlanan etkileri (unsur etkisi) oluşmaz¹.

Ancak hüküm kendiliğinden önemsiz değildir; bilakis olumsuz usuli etki yaratmaktadır. Mahkeme etkisiz kararı geri alamaz(ZPO §318).Yani ZPO §318 etkisiz hükümler için de geçerlidir². Hüküm dereceyi sonlandırır³.Hüküm aleyhine kanun yoluna başvurulabilir ve hüküm şekli anlamda kesin hüküm etkisini haiz olur⁴. Prütting/Gehrlein/Thole'ye⁵ göre, maddi anlamda kesin hüküm etkisi eksik olduğu için yeni bir dava açılabilir. Eğer, ihlal masraflara ilişkin değilse,o zaman kazanan taraf kaybeden taraftan masrafları alacaktır⁶.Hükmün kanun yolu ile iptal edilmesine, bozulmasına veya yargılamanın yenilenmesi yolu ile iptal edilmesine ihtiyaç yoktur⁷.

Rosenberg/ Schwab/Gottwald'e⁸ göre, etkisizliğin tespitine ilişkin dava açılabilir (ZPO§ 256);çünkü burada bir hukuki ilişkinin olmadığına dair tespit istenmektedir.Böylece ihtilaf yeniden derdest olur.

¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald,§ 62 IV 1;Unsur etkisi kavramı için bkz:Deren-Yıldırım, s.55

² Prütting/Gehrlein/Thole,§ vor 300 Rdnr.12;Musielak/Musielak,§ 300 Rdnr.7

³ Rosenberg/Schwab/Gottwald,§ 62 IV 1,dn.24'de anılan(Blomeyer,§ 81 III 2)Aynı yönde: Jauernig, s.143; Prütting/Gehrlein/Thole,§ vor 300 Rdnr.12;Musielak/Musielak,§ 300 Rdnr.7

⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 62 IV 1,dn.25'de anılan (Blomeyer,§ 81 III 2a; RGZ 133,220/1);Jauernig, s.141 vd.;Musielak/Musielak,§300 Rdnr.7

⁵ Vor§ 300 Rdnr.12;Aynı yönde: Musielak/Musielak, § 300 Rdnr.7

⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald,§ 62 IV 1;Karş:Jauernig, s.143

⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald,§ 62 IV 1

⁸ §62 IV 1; Karşı görüş: Jauernig, s.188 vd.

B. Bir Etkisiz Hüküm İmkânı, Olasılığı

Şimdiye kadar sunulanlar tamamıyla hatalı(fehlerhaft) hükümlerle ilgiliydi ve bunlarda da zaten bir hükmün içermesi gereken unsurlar eksikti. Bundan sonra ele alacaklarımız daha çok, hüküm olarak var olan ancak hükme uygun,yani hükümden beklenen etkileri ortaya koyamayan kusurlu(mangelhaft) kararlar olacaktır. Bunları bu nedenle etkisiz hükümler olarak nitelendirdik⁹.

Hükümün etkisinin bağımsız kavranabilirliği, onun kararın unsurundan ayrılmasına dayanır. Kararın unsuru, kanun anlamında „hüküm“dür. Onun belirli özellikleri vardır ki, biz bunlardan derece sonlandırıcı işlevi daha önce öğrenmiştik¹⁰. Dereceyi sonlandırma işlevi, ilk derece hakimi (Iudex a quo) ile hükmün değiştirilmesini de yasaklıyor. Bu söz edilen hükmün varlığının korunması, üst derece mahkemesine karşı varlığının korunmasını içinde barındıran şekli anlamda kesin hükümde (itiraz edilemez anlamda) kendisini devam ettirir¹¹.Şekli anlamda kesin hüküm de bu nedenle hükmün bir özelliğidir¹². Bir karar hakkında kanun yoluna müracaat edilebilmesi, burada da derecenin sona ermesi ile şekli anlamda kesin hüküm arasında bağlayıcı unsur olarak ortaya çıkıyor. Bu bir bakıma gelişmekte olan şekli kesin hükümdür; bir kanun yoluna müracaat edilebilmesi, hükmün verildiği sırada henüz mevcut olmasa da, hükmün özelliği olarak tanımlanabilir¹³.

Dile getirilen özelliklerde bir hüküm unsuru elde mevcut olduğu halde,durumda ve hükmün bunu doğası gereği ortaya koyması gerektiği tüm etkilerinde eksiklik bulunuyorsa o zaman etkisiz bir hükümden söz ediyoruz¹⁴. Böylelikle – en

⁹ Jauernig, s.141

¹⁰ Bkz:Yukarıda §10 II 3b,s.112; Kriegsmann’a göre (s.473-475)batıl bir hüküm verildikten sonraki hukuki durum,eğer böyle bir durumun var olması mümkün ise,hüküm verilmeden önceki durumla eşit olmalıdır.Etkisiz hüküm,yok hükmün aksine dereceyi sonlandırır.Kriegsmann’ın hatası Wurzer’in isabetli bir şekilde vurguladığı gibi(s.211),bir hükmün dereceyi sonlandırma fonksiyonunu bir hüküm etkisi olarak algılamasıdır. Aynı yanlışlığa Hellwig’te düşmektedir(System,I,§ 174 III IV).Buna karşılık doğru görüşte olanlar: Wurzer,s.211,186; Hein,s.322 vd.,325;Jauernig, s.141 ve dn.2’de anılan(Rosenberg,§ 73 IV 1;Schönke/Schröder/Niese,§ 70 III 2b) BGHZ 4, 389(394)

¹¹ Jauernig, s.141,dn.3’de anılan(Bötticher, JZ 56,585 vd.)

¹² Jauernig, s.141,dn.3a:Rosenberg’in yaptığı açıklamalar (§73 IV 1)muhtemelen bir hataya dayalıdır.Yazar bir etkisiz hükmün şekli anlamda kesinlik kazanmadığını İmparatorluk Mahkemesinin (RGZ 148, 151,154) ve Federal Mahkemenin (BGHZ 10, 346, 349)kararlarına dayanarak ispatlamaktadır. Ancak her iki kararda genel görüşe göre şekli anlamda kesin hüküm oluşturmayan yok hükümle ilgilidir. Konuyla ilgili olarak Rosenberg,6. Auflage,§ 73 IV 1)

¹³ Jauernig, s.142

¹⁴ Jauernig, s.142

azından terminolojik bağlamda- Goldschmidt'in¹⁵ bakış açısıyla farklılık gösteriyoruz. Goldschmidt, maddi anlamda kesin hükmü¹⁶ fazla abarttığı için bunlarda bir hata oluşmasında dahi etkisiz hükümden söz ediyor ve kendisini diğer kusurlu hüküm etkilerini farklı ele almak zorunda hissediyor¹⁷.

Maddi anlamda kesin hüküm haricinde bir hüküm başka hangi etkilerle karşı karşıya kalabilir ?

Literatürde ve içtihatlarda bu soru görüş birliği içinde cevaplandırılıyor. Olası hüküm etkileri olarak şunlar dile getiriliyor: Usuli bağlayıcı etki¹⁸, devletin diğer organlarının hukuk mahkemesi kararına bağlı olması¹⁹, icra edilebilirlik, inşâî tesir ve unsur etkisi²⁰.

Bir hükmün değinilen bazı etkileri aynı anda bir arada ortaya koymasının mümkün olmadığı daha önce de vurgulanmıştı. Bir temel hüküm, yapısı gereği maddi kesin hükümden yoksundur, eda hükmü (Leistungsurteil) doğası gereği inşâî değildir, vs. Önemli olan daima bir kararın doğası gereği belirlenmiş etkilerine sahip olacağıdır²¹.

Her bir etkinin hangi içeriğe sahip olduğunu bu bağlamda ele almıyoruz. Bu noktada usuli bağlayıcı etki konusuna dair açıklayıcı bazı sözler sarf edilebilir.

Bir hükmün bu hukuki sonucu²² özellikle bir mahkemenin derdest yargılamada verdiği kararların, nihai karara(Endurteil) hükme temel oluşturması, yani onunla „bağlı“ olmasıdır. Genel kabul edilen görüş²³ sonucunda bu etki ZPO § 318'a dayanıyor. Hüküm „etkisiz“ ise bu geçersiz oluyor.

¹⁵ Prozeß, s. 503-506

¹⁶ Goldschmidt , maddi anlamda kesin hükmün elde edilmesini, sağlanmasını tüm yargılamanın amacı olarak görmektedir.(Prozeß, s.150 vd.)Bu görüşe karşı bkz: Gaul,s.51

¹⁷ Jauernig, s.142

¹⁸ Karş: Götz, s.11-34;Jauernig,s.142

¹⁹ Jauernig s.142, dn.9: Bu etki maddi anlamda kesin hükümden ayrılmalıdır.

²⁰ Jauernig, s.142,dn.10'da anılan (Kuttner,Privatrechtliche Nebenwirkungen der Zivilurteil, 1908); Hellwig, System,I,§ 175, II 2;Ayrıntılı bilgi için bkz: Deren-Yıldırım,Nevhis,Kesin Hükümün Subjektif Sınırları,İstanbul, 1996

²¹ Jauernig, s.143

²² Usuli bağlayıcı etki için bkz: Götz, s.14 vd.

²³ Jauernig,s.143, dn.12'de anılan(Stein/Jonas/Schönke, §318, Bem.I 1; Rosenberg, §57 I 1)

En azından bu nedenle Rosenberg²⁴ ve Schönke-Schröder-Niese'in²⁵ zorunlu şekilde etkisiz hükmün mahkemeyi ZPO § 318'e göre „bağlayıcı“ olduğunu tespit etmeleri bir yanlış anlaşılmalıdır. Anlaşılan, ortaya koyulan bu görüşle usuli bağlayıcı etkinin kast edilmediği açıktır. Bu ZPO §318'in yalnızca bir, olumlu yönüdür. Adı geçen yazarlar ZPO §318'in daha ziyade „olumsuz“ yönü üzerinde yoğunlaşıyor olmalılar. Bu, mahkemenin derdest yargılamada kararlara itiraz etmesini, karşı koymasını, karardan dönmesini yasaklıyor. Böylelikle onların değiştirilemezliği sağlanıyor ve daha önce de değinildiği, gösterildiği gibi derece (Instanz) sonlandırılmış oluyor. Değiştirilemezlik ve derecenin sonlandırılması ZPO §318'in oluşturduğu hüküm özellikleridir. Etkisiz bir hükmün de mahkemeyi ZPO §318'e göre bağladığını söylemek sadece bu anlamda olmak kaydıyla doğrudur²⁶.

Hükmün içinde yer alan masraf kararının (Kostenausspruch) özel bir durumu söz konusudur. Bu, ne unsurlara aittir ne de –Hein'in²⁷ kabul ettiği gibi- hükmün etkilerine aittir. Masraf kararı daha çok, kendine özgü etkilerin irtibatlandırıldığı kendine özgü bir karar unsuru (Entscheidungstatbestand) içermektedir²⁸.

Masraf kararının bağımsızlığı esasa yönelik karar kısmı karşısında üstü örtülü kalmaktadır; yani masraf kararının daima tenorda tespit edilen davanın neticesine irtibatlandırılmış olması yüzünden ilkesel olarak kaybeden taraf masrafları karşılar şeklindeki hüküm ifadesi ile üzeri örtülmektedir²⁹.

Bizzat kanunda bu kuralla ilgili istisnai durumlar öngörülmüş olması (bkz. ZPO §93-§96, §97 II ve III, §101, §102, §344) ve **usule ilişkin karar (Prozeßentscheidung)** karşısında masraf kararının bağımsızlığının ortaya çıkması bir kenara bırakıldığında, masraf kararının bağımsızlığı özellikle de konuyla ilgili kısmi hüküm verilip nihai hüküm (Schlußurteil) de masraflarla verildiyse apaçık ortada oluyor³⁰.

²⁴ Jauernig, s.143, dn.13'te anılan (Rosenberg, §73 IV 1)

²⁵ Jauernig, s.143, dn.14'te anılan (Schönke/ Schröder/Niese, § 70 III 2 b)

²⁶ Jauernig, s.143, dn. 15a: ZPO§ 318'in olumlu tarafı, maddi anlamda kesin hükme benzer bir bağlayıcı etki yaratmaktadır(Bununla ilgili bkz:Böttcher, s.145-151). Olumsuz tarafı ise,hükmün değiştirilemezliği ve böylece hükmün geçerli olması konusunu kapsamaktadır (Böttcher, s.44, 61)

²⁷ s.328, s.347

²⁸ Jauernig, s.143

²⁹ Jauernig, s.144

³⁰ Jauernig, s.144

Eğer sadece masraf kararını içermeyen kısmi hükme itiraz edilirse, İmparatorluk Mahkemesinin yaklaşımına göre kanun yoluna müracaat aynı anda nihai hükmün(Schlußurteil) masraf kararını da içermesi gerekir. Çünkü bu konuyla ilgili alınan karar, kısmi hükmün esasına ilişkin kararlar birlikte ancak tam bir bütünsellik ortaya koymaktadır³¹.

İmparatorluk İş Mahkemesi³² nihai hükmün kesin hükmü (Rechtskraft), içerdiği masraf kararının değiştirilmesine engel bir şeyin olmadığını var sayıyordu; çünkü kısmi hükmün geçerli olduğu kabulünden yola çıkıyordu. Bu görüş İmparatorluk Mahkemesinin yaklaşımıyla örtüşüyor; çünkü o da aynı şekilde nihai hükümde(Schlußurteil) yer alan masraf kararı zorunlu olarak kısmi hükümdeki usuli kararın kaderini paylaştığı görüşünden yola çıkmaktadır.

Federal Alman Mahkemesi³³ bu görüşü reddetti ve haklı olarak da masraf kararının **usuli karar (Prozeßentscheidung)** karşısında bağımsız olduğu pozisyonunu savundu; bu nedenle de nihai karar (Schlußurteil) daima bağımsız şekilde iptal edilebilir,edilmek zorundadır.

Buradan çıkan sonuç da hükmün eksikliği aynı zamanda masraf kararına da dayanıyor mu diye her bir durum tek tek incelenmesi gerekiyor. Tek başına dava kararının bütün etkilerinin eksik olmasından, masraf kararının da etkisiz olduğu sonucu çıkarılamaz. Tam tersi olarak etkisiz bir hüküm her durumda –Rosenberg’in³⁴ söylediği gibi- kazanan tarafın kaybeden taraf karşısındaki masrafların karşılanma hakkını, talebini oluşturmaz. Bu soru üzerinde daha fazla durmamız gerekmiyor; çünkü etkisiz hükmün örnek olaylarını öğrenince bu sorunun cevaplanmasının zorluk oluşturmadığı görülecektir³⁵.

Etkisiz hükmün varlığını resim gibi çizmeye çalışırsak,o içerikten yoksun, içi boş bir karar kılıfı olarak nitelendirilebilir. Hüküm, sadece görülmekte olan, derdest bir davada önem arz eden belirli özelliklerle donanmıştır: İudex a quo(birinci derece

³¹ Jauernig, s.144, dn.19’da anılan karar

³² Jauernig,s.144,dn. 21’de anılan karar

³³ BGHZ 20,253(254)

³⁴ Jauernig,s.144, dn.23’de anılan (Rosenberg, §73 IV 1)

³⁵ Jauernig, s.144

mahkemesi, olay hakimi) ve iudex ad quem(üst mahkeme hakimi) ile değiştirilemezlik ve kanun yoluna müracaat edilebilirlik³⁶.

Karar şekli anlamda kesinleşmiş olursa yargılama sonuçlanmış, yani derdestlik sona ermiş olur; diğer açıdan herşey eski halinde kalmış gibi görünüyor: Her hüküm etkisinin eksikliği yüzünden hukuki uyuşmazlık ile ilgili gerçek bir karara ulaşılmamış oluyor³⁷.

Etkisiz hükümle ilgili tek olumlu ifade böylece “karar..., en azından yargılama henüz hüküm şeklinde sona ermedikçe yargılama hukuku bakımından (verfahrensrechtliche) anlamını koruması”³⁸ olmalıdır. Hukuki uyuşmazlık tamamıyla sonuçlandırılınca hüküm anlamsız gibi görünüyor ve bu da “yok hükümle eşdeğer” anlamına geliyor.

Ancak, etkisiz bir hükmün var olan bir devlet işlemi olduğu ve bu noktada da yok hükümden tamamıyla ayrıldığını ortaya koymak gerekir. Bu nedenle etkisiz hükmün masraf kararı –yok hükümden farklı olarak- geçerli olabiliyor. Bunun da ötesinde –ilerde ele alınacak örnek olaylara henüz değinmeden burada da ifade etmiş olalım- eksikliği giderilebilir durumda olan bir etkisiz hüküm örneğine değinebiliriz: Eşlerin boşanması gerçekleşmesine rağmen (ikinci) bir boşanma hükmü verilirse inşa edilebilir bir hukuki ilişki (artık) söz konusu olmadığı³⁹ için bu hüküm etkisizdir. Ancak ilk hüküm, yargılamanın yenilenmesiyle kaldırılırsa o zaman bu karar geçmişe etkili olarak ortadan kalkar, ki evlilik “hukuki anlamda” ilk boşanma kararıyla hiç bir zaman bitmiş olmaz. Buna bağlı olarak ikinci boşanma hükmünün verilmesiyle hakkında boşanma kararı verilebilecek olan evlilik ilişkisi mevcuttur; diğer bir ifadeyle, ikinci hükmün etkisizliğinin nedeni, geriye dönük ortadan kaldırılmıştır. İkinci hükmün şekli anlamda kesinleşmesiyle evlilik akdi feshedilmiş, boşanma gerçekleşmiştir. Eğer sürecin tamamlanmasından sonra etkisiz hüküm “yok hüküm gibi” ele alınmak zorundaysa, hüküm eksikliğinin iyileştirilmesi mümkün olamazdı⁴⁰.

³⁶ Jauernig, s.145

³⁷ Jauernig, s.145

³⁸ BGHZ 4,389(394)

³⁹ Bkz: Aşağıda §14 V 1

⁴⁰ Jauernig, s.145

Bir kusurun geriye dönük olarak bertaraf edilmesi durumları çok nadir görülür. Bu sebeple etkisiz hüküm ve yok hüküm arasındaki esas değer ve anlam ayrımı da birinin var olan devlet tasarrufu, diğerinin de hukuki bir hiç olmasıdır⁴¹.

Ancak “etkisiz” ve buna rağmen de “var olabilmenin” bir hükmün özüyle örtüşmesinin söz konusu olup olamayacağı bir soru işaretidir. Etkisiz –veya kullanılan terminolojide- “batıl”(nichtig) olarak nitelendirilebilen hükümler var mıdır?⁴²

Devletin belirlediği hukuki işlemin, hangi türden olursa olsun, ağır hatalar nedeniyle **etkisiz (batıl)** olması günümüzde gayet doğal bir durum olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple etkisiz bir devlet işlemini kanıtlama, ortaya koyma teşebbüsü, açık kapıları omuzlamak şeklinde kolayca bir suçlamayla karşı karşıya kalmaya neden olabilir. Özellikle de idari işlemlerin etkisiz (batıl) olabilirliliği, idare hukukunun teorisi ve uygulamalarına göre uzun zamandır genel kabul gören bir olgudur⁴³.

Yasama erkinin bir işleminin butlanı, bilhassa bir yasanın butlanı, yasal tanınmışlığa nail olmakta ve yasaya aykırı olduğu için batıl yasa normunun olasılığı da açıkça nadiren tedirginlik yaratıyor. Yani eğer yasalar, hatta Anayasa hükümleri batıl olabiliyorlarsa o zaman –bir bakıma per argumentum a maiore ad minus(çoğun içinde azda vardır)- “üçüncü gücün” yani yargının özellikli işlemi olarak hükümlerin etkisiz olması da mümkündür⁴⁴.

Ancak olaylar ilk bakışta görüldüğü gibi çok da kolay değildir. Burada değinilen sorunsal batıl yasa örneğinde netleştirelim. Söz konusu yasa eğer Anayasanın yürürlüğe girmesinden sonra yasalaştıysa yine de butlanına rağmen Federal Alman Anayasa Mahkemesi onun butlanını tespit edene kadar geçerli sayılır⁴⁵. Yani Anayasa Mahkemesinin hükmü bir yasanın geçerli veya batıl olup olmadığını belirler. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Yasası (BVerfGG §31 II) bazı durumlarda **“kanun hükmü”nü mahkemenin kararına bağlıyor**; ancak bu hükmü karşı –yasanın tersine- Federal Alman Anayasa Mahkemesine Anayasaya aykırılık itirazı yapılamaz⁴⁶. Çünkü mahkeme sonucunda yasa hakkında sonlandırıcı biçimde karar verdi, ve böylece kararı

⁴¹ Jauernig, s.146

⁴² Jauernig, s.146

⁴³ Jauernig, s.146

⁴⁴ Jauernig, s. 146

⁴⁵ Jauernig, s.146; BVerfGE 4,331(340 vd.)=NJW 56,137

⁴⁶ Jauernig, s.147, dn.30’da anılan Federal Anayasa Mahkemesi kararı

da aynı şekilde kanunun üzerinde ise -yoksa nasıl kendisi anayasaya aykırılık nedeniyle iptal edilebilir-, hatta “bir kanun gibi” batıl sayılabilir⁴⁷

Bu ortaya atılan soru spesifik anayasal bir soruna değinmiyor. Bilakis, hakimce verilen her karar karşısında **mutatis mutandis(gerekli değişikliklere göre)** durmaktadır⁴⁸.

Sadece anayasa hakiminin değil, her bir hakimın ödevi, son derece mahkemesinde bağlayıcı bir hüküm vermektir. Bu husus acaba içeriğinde bir “hukuk” olmayan,barınmayan hükmü batıl olarak görmezlikten gelmeyi mümkün hale getirir mi? Ve devamında: kim “bağlayıcı” olduğunu söylüyor, ve neden verilen hükmün “bu” hukuka uygun olmadığını söylüyor, yani bu durumda hakimın hakimi kim?⁴⁹

Hakim kararıyla ilgili bir kontrolün ancak davanın kendi içersinde mümkün olabileceğine, yani davanın kendi hukuki kontrolüne bağlı olduğuna, usul kanunları açık ve nihai bir şekilde cevaplandırıyor görünüyor. Buradan yola çıkarsak kendisini kontrol etmenin yasal yolları eğer tükendiye bir hüküm dokunulmaz olmalıdır. Tamamen etkisiz anlamda bir hükmün “butlanı” gerçekten düşünülemez⁵⁰.

Davadaki hukuki otokontrol konusunun öncelikle kanıtlanmasının gerekmesi dışında, bir ana itiraz söz konusu: Yargısal karar ve davanın anlamından yorumlanan bir hükmün dokunulmazlığıyla ilgili, hakimın sadece hukuki sorular hakkında karar vermediğidir. Hakimın aynı zamanda davacının ve davalının var olduğu, boşaması istenilen evliliğin var olup olmadığını ve bunun gibi şeyleri değerlendirmesi gerekir. Hakimın bu gibi konularda yaptığı değerlendirmeler gerçeklerle çelişiyorsa o zaman bu karar/değerlendirme “dokunulmaz” değildir. Çünkü mahkemenin kararı ne bir taraf oluşturmuştur, ne de evliliği (boşamak üzere olduğu) kurmuştur. Bu gibi hükümlere bakıldığında etkisiz kararların olduğu yalanlanamaz. Bunu aslında etkisiz hükme karşı çıkanlarda itiraf etmeliler⁵¹. Hellwig’e⁵² göre, var olmayan bir tarafa karşı verilen bir hükmün gerçekten uygulanamazlığı sözkonusudur ve evliliğin olmadığı bir boşanma

⁴⁷ Jauernig,s.147

⁴⁸ Jauernig, s.147

⁴⁹ Jauernig,s.147

⁵⁰ Jauernig, s.147;Karş: O.Bülow, AcP 64,s.24-28,s.33-35; Wurzer, s.24

⁵¹ Jauernig, s.147

⁵² System,I,§174 N.18; Karş: Hein, s.328,s.347

hükümünü de aynı zamanda hem muğlak (plastisch), hem de hukuki olmayan şekilde “havaya tokat atmak” olarak değerlendirmektedir.

Hellwig’in tartışma arkadaşı Wurzer⁵³ bu hükümle ilgili hiç birşey söylemiyor, diğerini yok hüküm olarak değerlendiriyor ve böylece bir tarafın varlığını hükmün varlığı için koşul haline getiriyor. Bir başka yerde⁵⁴ de buna rağmen bir bölümü yarım etkili olan, tam geçerli hükümlerin olduğunu belirtiyor.

Bu açıklamalar, etkisiz bir hükmün olasılığını ortaya koyabilmek açısından yeterli olmuştur. Bu, günümüzde haklı olarak hem literatürde, hem de yargısal kararlarda genel kabul görmüştür ve kabul edilmektedir⁵⁵.

Aşağıdaki açıklamalarda hangi hataların bir hükmün tam olarak etkisiz olmasına neden olduğu gösterilecektir.

Literatürde bir hükmün etkisizliğinin genel ilkeler bağlamında, yani dedüktif şekilde kanıtlayabilmek için mütemediyen çaba sarfedildi⁵⁶.

Hein⁵⁷, butlanın hukuki temel kavram olarak üst bakış açısını sağlayacağına inanıyor. Butlan, –Hein’in ifadesiyle⁵⁸– tamamlanan bir işlemin unsuru olarak özel durumlar neticesinde onun anlamına uymayan hukuki sonuçlar taşımaktadır. Butlanı gerekçelendiren durumlar, devlet tasarrufunun unsurlarından kavramsal olarak bağımsızdır. Diğer bir ifadeyle; ancak var olan bir hüküm “batıl” olabilir⁵⁹.

Butlan olmasını sağlayan “özel” durumlar ,Hein’in öğretisine göre, karar unsurunun dışında olmalıdır. Bu, ancak şu durumda sözkonusudur: Hüküm eğer hukuk dışı bir içeriğe sahipse, yani karar içeriği geçerli, mer’i hukuk alanı içerisinde bulunmuyorsa⁶⁰. Buna göre var olan veya artık varolmayan bir hukuk ilişkisi ile ilgili bir inşai hüküm batıl olamayacaktır. Hein’a göre bu şekilde hukuki etkisi eksik olmakla birlikte; ancak özel karar verme unsurundan bağımsız bir durumla ilgili değildir, bilakis

⁵³ S.139 vd.

⁵⁴ S.205

⁵⁵ Jauernig, s.148; Farklı görüşte olanlar: Hellwig, System, I §174 III; Klagerecht, s.78; Kleinfeller, § 69, s.229; Kriegsmann, s.472; Michel, s.21 vd.

⁵⁶ Jauernig, s.148

⁵⁷ S.317, 320 vd.

⁵⁸ S. 327

⁵⁹ Jauernig, s.148

⁶⁰ Hein, s.337, 355-359; Jauernig, s.148

tüm karar etkilerinin tahkikatı için geçerli olan esasın,yani bu etkilerin hakim in isteklerinin nesnel içeriği tarafından belirleneceği şeklindeki genel esasın basitçe uygulanmasına dayanmaktadır⁶¹.

Bu değinilen örnekte inşai hükmün etkisizliğinin nedeni tamamen gerçek durumlara bağlıdır; bu nedenle “boşluğa” düşüyor ancak “batıl” olmuyor.

Hein’in kullandığı anlamda “boşluğa düşmek” ve “batıl” hüküm kıyaslandığında arasında tek bir fark olduğunu görüyoruz: Batıl hüküm,geçersiz olsa da masraf konusunda sonuç (Kostenfolge) ifade edecektir, çünkü hükümlerin kısmi butlanlılığı (Teilnichtigkeit) yoktur ve masraf kararı (Kostenausspruch) kararın esasa yönelik içeriğiyle doğrudan bağlantılıdır⁶². Bu görüşün yanlışlığı yukarıda zaten belirlendi, özellikle de masraflar konusunda verilen kararın (Kostenentscheidung) davanın esas hakkındaki çıkış noktasından bağımsız olduğuna işaret ederek. Bizim görüşümüzün doğruluğu Hein’in öğretisinin pratik bir provası ile kanıtlanmış oluyor⁶³.

Hein⁶⁴ yargıdan bağışık kişilere karşı verilen kararları batıl olarak nitelendiriyor. Bu nedenle –onun bakış açısından- masraflar konusunda verilen kararın da batıl olması gerekir. Çünkü değindiğimiz gibi hükümlerin kısmi butlanından söz edilemez. Ancak bu, esasa yönelik kararın ve masraflar konusunda verilen kararın yargıdan bağışık kişiye yönelik olması şartına bağlıdır. Bu çoğu durumda söz konusu olabilir, ancak olması zorunlu bir durum değildir. Örneğin yargıdan bağışık kişiye karşı hüküm verildiyse ve kazanan davacı masraflarla yükümlü olduysa bu hükmün tamamı, masraflar konusunda verilen karar da dahil olmak üzere Hein’in duruş noktasından bakıldığında “batıl”dır. Çünkü karar yargıdan bağışık kişiye karşı verilmiş bir karardır, masraf konusunda verilen karar bu kişiye karşı verilmemiş olsa dahi⁶⁵.

Hein tarafından savunulan kısmi butlanın imkansızlığı, yargıdan bağımsız davalının kısmi davayı kaybetmişliği daha büyük belirsizliklere neden oluyor. Burada esasa yönelik karar dahi sadece kısmen onun aleyhine sonuçlanmıştır. Buna rağmen hüküm yine de tamamıyla mı “batıl” olmalı? Bu sorulara Hein bir cevap vermiyor. O

⁶¹ Hein, s.328; Bahsedilen sebeplerden dolayı var olmayan bir taraf aleyhine verilen bir hüküm sadece etkisiz olmalı, batıl olmamalıdır.Karş: Hein, s.346 vd.

⁶² Hein,s.328-329

⁶³ Jauernig, s.149

⁶⁴ S. 357

⁶⁵ Jauernig,s.149

nedenle biz yukarıda ele alındığı gibi, masraf kararının bağımsız anlaşılması gerektiği ve kararın esasa yönelik içeriğiyle hiç ilgili olmadığıyla yetinmemiz gerekiyor. Eğer bundan yola çıkarsak Hein'in anlayışına göre hükmün “boşluğa düşmesi” ve “batıl” olmasıyla arasında artık hiçbir fark kalmıyor. Her ikisi de tam kapsamlı bir şekilde etkisizdir. Buradan, bir hükmün etkisizliğini dedüktif şekilde belirleyebilmek açısından butlan hukuki temel kavramının yararsız/kullanılamaz olduğu sonucu çıkıyor⁶⁶.

Bu hedefe, bir mahkemenin yetkilendirildiği hüküm erki sınırının aşılmasıyla verilmiş bir hükmü etkisiz olarak (mutlak butlan)⁶⁷ nitelendiren Yetki/Vekalet Teorisince⁶⁸ (Vollmachtstheorie) de ulaşılamamaktadır.

Kararın etkisizliği şu şekilde gerekçelendirilmektedir: Mahkemeye hüküm verme erkinin geçmesiyle belirli bir olayla ilgili taraf ehliyeti olan bir sujeye asgari formları dikkate alarak karar verebilmek için bir “yetki”⁶⁹ verilmiş oluyor. Yani mahkemenin yetkisi, bir hükmün etkili olması için koşul niteliğinde, ki bunun eksikliği bir hükmü etkisiz kılıyor.

Bu gerekçe, totoloji (Tautologie)⁷⁰ ve **petitio principii**⁷¹ içeriyor ve bir yetkisiz hükmün etkisizliğinin nedeni olarak da yetkisizliği ortaya koyuyor⁷².

Burada isabetli olan sadece Yetki Teorisinin çıkış noktasıdır, ki mahkeme herşeyi yapamaz, herşeye muktedir değildir⁷³. Bu cümle, somut soruların çözümü için uygun olmadığı gibi aynı zamanda tartışılmazdır da. Bu nedenle ayrı ayrı “olaydan olaya” bir mahkemenin neyi “yapabildiği” ve neyi yapamadığının incelenmesi gerekiyor. Bunu yaparken de kendine özgü her bir duruma geri dönmek bizi kategorize etmenin vazgeçilmesi zorunda bırakmayacaktır. Daha ziyade etkisiz hükümlerin belirli

⁶⁶ Jauernig, s.149

⁶⁷ Karş: v.Baligand, s.222 vd.

⁶⁸ Jauernig, s.149,dn.43'de anılan (Oetker, s.46-50); v.Baligand, s.171 vd.,s.222 vd.; Karş: Friedlaender, s.364 vd.

⁶⁹ Yetki kelimesi BGB'nin kullandığı kavram anlamında değildir. Karş:Baligand, s.175; Jauernig, s.150

⁷⁰ Sözün gereksiz, herhangi bir ek bilgi içermeyen şekilde tekrar kullanımı.

⁷¹ Bir sonuca neden olan şeyi,sonucu ispatlamakta kullanma safsatasıdır.

⁷² Jauernig, s.150,dn.47: Yetki teorisi ile ilgili tez şu anlamı taşımaktadır: Yetkisiz bir makamın işlemi hükümsüzdür; çünkü makam yetkisizdir. Hein bu teoriyi redetmektedir (s.330)

⁷³ Karş: v.Baligand, s.174; Wach, RheinZ 3,391

gruplara ayrıştırılması, nitelendirilmesi mümkün görülüyor. Bu görev için aşağıda ele alınacaklar açıklayıcı olacaktır⁷⁴.

⁷⁴ Jauernig, s.150

§ 14 Etkisiz Hükümün Görüldüğü Hallerin Gruplandırılması

I. Yargılama Dışında Verilen Hükümler

Bir derdest davanın dışında hükmün verilmesi uygulamada nadir gerçekleşecektir. Hükümün tefhiminden kısa bir süre önce bir dilekçenin sununmasıyla davanın geri alınması ve hakimın de bundan tefhim gününden sonra haberdar olmasını bunun için örnek gösterebiliriz.

Hakimin haberi olmadan da davanın geri alınması etkilidir. Çünkü dilekçeyle müracaat yapılmıştır ve eğer dilekçe onu kabul etmeye yetkili memur tarafından teslim alındıysa, davanın geri alınması da böylece gerçekleşmiştir. Bu memur kural olarak yazı işlerindeki evrak memurudur¹; hakim veya heyetteki üyelerden biri değildir. Davanın geri alındığı andan itibaren hukuki uyuşmazlık, derdest olmamıştır şeklinde görülmelidir (§271 III 1 ZPO), bununla birlikte bir davanın dışında, geri almadan sonra bir hüküm verilir. Bu hüküm bu nedenle mi etkisizdir?

Bu soruyu cevaplayabilmemiz için öncelikle bir davanın ne zaman “derdest” olduğunun ve bundan dolayı “yargılama içersinde” bir hükmün verildiği konusunda netlik oluşması gerekiyor².

Bizim araştırmamızın anlamında “dava” olarak kastedilen sadece hüküm davasıdır,yargılamasıdır (Urteilsverfahren). Bu, bir davanın açılmasıyla,yani hukuki himayenin sağlanması için dilekçenin verilmesi ile başlar³. Bunun için sunulan herşey yeterlidir, özellikle de bir hüküm davasında bir hükmün verilmesi arayışını içeren her dilekçe. Bu dava dilekçesi ancak hukuki bir durumla ilgili bilgi içermiyorsa reddedilir⁴; bir davalı veya davacı belirtilmiyorsa reddedilir⁵ veya dava anlaşıldığı üzere ciddiyet

¹ Jauernig, s.151; BGHZ 2, 31 (32)

² Jauernig, s.151

³ Jauernig, s.151;Karş:Jauernig,s.151,dn.2’de anılan (Rosenberg,§ 83 II 1)

⁴ Jauernig, s.151; Sauer, Grundlagen,s.443; Goldschmidt, Prozeß,s.367,372 vd.; Karş: Niese,s.95

⁵ Jauernig, s.151; Karş:Sauer, Grundlagen, s.460;Goldschmidt, Prozeß,N. 1919:Eksiklik giderilebildiği için,butlan davası yoktur.

içermiyorsa ve mahkeme de bu ciddiyetin eksikliğini fark ettiyse reddedilir⁶. Böyle durumlarda Sauer'in⁷ anlamında batıl dava (Nichtklage) söz konusudur. Hukuki korunma talebinin gerekliliğinden, arzu edilen kararın içeriğini en azından henüz tam olgunlaşmamış şekilde göstermesi gerektiği sonucu çıkıyor⁸. X'in Y'ye karşı bir hükmün verilmesine yönelik talebi, dilekçesi bu nedenle bir batıl dava (Nichtklage) olurdu⁹.

Duruşma gününün belirlenmemiş olmasının , davayı kabule şayan kılıp kılmayacağı önemsizdir¹⁰. Zira bir duruşma tarihinin belirlenmesinin gerekip gerekmediği konusundaki karar, burada kast edilen anlamda bir talebin,arzunun, yani bir davanın, olduğunu varsaymaktadır¹¹.

Davanın kabule şayan olması, bu bağlamda hiçbir role sahip değildir. Aynı şekilde dava dilekçesinin tebliğ edilmiş olup olmaması da bir hüküm yargılamasının yürütülmesi için önemli değildir¹²

Benzeri esaslar kanun yolu başvurusu için de geçerlidir. Bu talep ile ZPO §308 I anlamında bir başvurunun kast edilmediği özellikle belirginleşiyor, çünkü kanun yoluna müracaat zaten bizim söz ettiğimiz anlamda kanun yolu davasının (Rechtsmittelverfahren) talebini/arzusunu içeriyor, ama teknik anlamda kanun yolu başvurusunu (bkz. Bir yandan ZPO §§518 II, 553 I, bir yandan da ZPO §554 II Nr.1) zorunlu olarak içermiyor.

Burada da çerçevesi ortaya koyulduğu gibi, eğer talep yok ise bir hüküm yargılaması veya bir kanun yolu yargılaması da gerçekleşmiyordur¹³.

2. Bir yargılamanın derdestliği için ön koşul, böylece davacı tarafından talep edilen hukuki himaye arayışıdır (Rechtsschutzgesuch)¹⁴. Mahkeme¹⁵, kendiliğinden bir

⁶ Jauernig,s.151,dn.5: Hüküm verilecekse, şaka yapan davacı (Scherz-Kläger) kendi açıklamasının arkasında durmalıdır; çünkü en geç mahkemenin hükmü ile şaka olan davanın şaka değil, gerçek olduğu tespit edilmiş olur.Karş: Goldschmidt,Prozeß, s. 372, 465, 476

⁷ Grundlagen, s.443, 459vd.; Ayrıca Prozeßrechtslehre, s.148; Jauernig, 151

⁸ Haklı olarak Sauer, Grundlagen, s.459; Jauernig, 151

⁹ Jauernig, s.151

¹⁰ Jauernig, s.151

¹¹ Jauernig, s.152; Hellwig, System,I, §154 II; Goldschmidt,Prozeß,s.372

¹² Jauernig, s.152; Sauer, Grundlagen, s.460; Karş: BGHZ 25,66 (72 vd.)

¹³ Jauernig, s.152

¹⁴ Jauernig, s.152

hüküm yargılamasını harekete geçirebilir durumda değildir, yani davanın taraflarını belirlemek gibi, vs.. Mahkeme yüzünden olan bir hüküm yargılaması yoktur. Davanın açılması ancak davacının hareketiyle mümkündür; bunun içeriğinde onun tasarruf yetkisinin (Dispositionsbefugnis) ağırlıklı bölümü bulunmaktadır¹⁶.

Bunun devamında davacının, bir hükmün verilmesini hedefleyen yargılamayı tetiklemesiyle ilgili hukuki himaye ricası (Rechtsschutzbitte) dikkate alınır, bu devlet tasarrufunun oluşumunun davacının gerekli olan katkısına, işbirliğine bağlı olduğu söylenebilir. Davanın başlatılması onun insiyatifine bırakılmıştır. Bu açıdan ele alındığında mahkeme tamamen pasif bir durumdadır. Bir hukuki uyuşmazlık hakkında karara varıncaya kadar beklenmelidir. Bir taraftan davacının gerekli olan katkısı, işbirliği diğer taraftan da mahkemenin pasif durumu nedeniyle bir hüküm, mahkeme tarafından kendi gücüyle iradesiyle bir talep söz konusu olmadığı zaman verildiğinde onun etkisiz olduğu sonucu çıkmaktadır¹⁷. (Talep olmadan hüküm verilmez. HMUK m.72, 74; ZPO 253, 308) Burada Medeni usul hukukunda yargılamaya ilişkin ilkelerden tasarruf ilkesi söz konusudur. Tasarruf ilkesi, tarafların dava ve dava konusu üzerinde etki edebilme iktidarını ifade eder¹⁸.

Buradan da davanın geri alınmasından sonra verilen hükmün etkisiz olduğu sonucu çıkıyor. Zira mahkeme, kararı bir hüküm yargılaması dışında vermiştir, çünkü davanın geri alınmasıyla yargılamanın derdestliği kaldırılmıştır, bertaraf edilmiştir¹⁹.

Böyle bir hükmün etkisizliği Arwed Blomeyer²⁰ tarafından son zamalarda şu gerekçeyle reddediliyor: Hükmün, geri almayı etkisiz sayıp ve davayı da gerekçelendirilmiştir şeklinde değerlendirilmesi düşünülebilir. Ama o zamanda sonra davanın etkili şekilde geri alındığıyla ilgili bir denetleme engellenmiş olmaktadır.

Geri almayla ilgili karar veriliyorsa esas hakkındaki karar geçerlidir. Böyle bir hükmün etkisiz olabileceği, görebildiğim kadarıyla, özellikle de Blomeyer'in ilk aşamada karşı geldiği Rosenberg tarafından söylenmiyor. Bunu Rosenberg'in, davanın

¹⁵ Hukuk mahkemesi. Jauernig, s.152, Ceza mahkemesi ile ilgili karşı: Goldschmidt, Prozeß, N. 2673

¹⁶ Jauernig, s.152

¹⁷ Jauernig, s.152; Aynı yönde: Wach, RheinZ 3, 407,7 ; Jauernig, 152, dn.14'de anılan (Rosenberg, § 73 IV 2 d) ; Farklı görüş: Hein, s.342; Goldschmidt, Prozeß, N.2673 (s. 508)

¹⁸ Alangoya/Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 182-183

¹⁹ Jauernig, s.153

²⁰ Urteilsgegenstand, s.48-50; Jauernig, s.153

geri alınmasının kabul edilirliliği, oluşumu ve etkisi konusundaki tartışmalı durumlarda mahkemenin ne şekilde davranması gerektiği konusunda ortaya koyduğu görüşleri de göstermektedir. Kabule şayanlığın reddi “ara hüküm (§303) sayesinde veya süren yargılamanın üzerine verilen nihai hükmün gerekçelerinden” anlaşılmaktadır²¹. Nihai hükmün etkisizliğinden söz edilmemektedir²².

Rosenberg başka bir yerde²³ davanın geri alınmasından sonra verilen esasa ilişkin kararı etkisiz olarak değerlendirdiğinde, –bizim de söylediğimiz şekilde- geri almanın kabule şayanlığı, oluşumu ve etkisiyle ilgili kararın aslında bir karar (Entscheidung) olmadığından söz etmektedir.

Anlaşılan Blomeyer²⁴ bu hükmü de etkili olarak değerlendirmiştir. Blomeyer’e göre, davanın geri alınmasından sonra esasa ilişkin bir dilekçe bulunmadığı için ZPO §308 I’e aykırı davranılmış oluyor. Ancak bu eksikliğin anlamı, iptal edilemez hale gelen hüküm için yargılamanın yenilenmesine yol açabilecek hüküm eksiklikleriyle yapılan kıyasla ortaya koyulmuş oluyor. Esasa ilişkin konuyla ilgili dilekçenin (Sachantrag) eksikliğiyle ilgili kıyaslanabilir bir eksikliği Blomeyer HUMUK §579 I Nr. 4’te buluyor, burada davanın yeniden açılmasına, davada usule uygun temsil olmadığından dolayı müsaade ediyor ve böylece esasa ilişkin konuyla ilgili dilekçe (Sachantrag) davacı tarafından veya onun adına yapılan müracaatın, dava ehliyetinin ve dava vekaletnamesinin eksikliği açısından etkili yapılamadığı için, tüm olayları ele almış oluyor. Bu nedenle –Blomeyer’in dediğine göre- burada davacının etkili şekilde ileri sürülen talebi eksiktir; böylece ZPO §322’nin lafzi yorumunda, kesin hüküm etkisi söz konusu olamaz. Ancak ZPO §579 tam da tersine karar veriyor ve hükmü, davanın başarılı bir şekilde sonuçlanan yargılamanın yenilenmesine kadar kesin hüküm olarak kabul ediyor. Bu nedenle ZPO §308 I’in ağır şekilde(der minder schwere Mangel) olmayan ihlali de kesin hükmün ortadan kalkmasına neden olamaz²⁵.

Bu yaklaşım ikna edici değildir. Maddi anlamda kesin hüküm, yargılamanın yenilenmesi için ön koşul oluşturmaz. Bu sebeple onun belirli usule aykırılıklarda kabul

²¹ Jauernig, s.153,dn.19’da anılan (Rosenberg, §127 IV)

²² Jauernig, s.153

²³ Jauernig, s.153, dn.20a’da anılan (Rosenberg, §73 IV 2 d)

²⁴ Urteilsgegenstand, s.49 vd.; Jauernig, s.154

²⁵ Jauernig, s.154

edilmesiyle hatalı hükmün kanunun görüşüne göre maddi anlamda kesinleşmiş olması sonucu çıkarılamaz. Bu iddia sadece tali bir öneme sahiptir²⁶.

Önemli olan daha çok Blomeyer'in bir taraftan ZPO §308 I anlamında etkili veya etkisiz esasa ilişkin dilekçeyle ve diğer taraftan her davanın içerdiği hukuki korunma arayışı arasında ayırım yapmıyor olmasıdır. Bu nedenle, davanın geri alınmasından sonra verilen hüküm ile ZPO §579 I Nr.4'e göre hatalı olan hüküm arasındaki farktan ve tam da burada onun önem arz etmesinden haberdar değildi,farkında değildi²⁷.

Dava ehliyeti olmayan kişi esasa ilişkin etkili dilekçe sunamazsa da “dava” yine de bir davadır ve batıl dava (Nichtklage) değildir, yani bu, bir yargılamayı harekete geçiren hukuki korunma arayışını içerir. Böylelikle dava ehliyeti olmayanın leyhine veya aleyhine verilen hüküm, görülmekte olan yargılamada veriliyor, ancak davanın geri alınmasından sonra verilen hüküm, derdest olmayan davada veriliyor ve tam da bu nedenle hatalı oluyor. Bu sebeple ZPO §579 I Nr. 4'ten onun etkililiği için bir argüman çıkarılamaz. Blomeyer'in sundukları, davanın geri alınmasından sonra verilen hükmün etkisizliği hakkında tereddüt yaratmak için elverişli değildir²⁸.

Derecenin bir hükmün verilmesiyle sonuçlanmış olmasından sonra bir hükmün verilmesi durumunda da olay, aynı şekilde değerlendirilmelidir. Burada ilk hükmün kanun yoluna müracaat ile iptal edilmiş olup olmadığı fark etmez²⁹. Burada da ikinci hüküm yargılamanın dışında verilmiş oluyor. Mahkeme, ZPO §318 ile aslında hükmeye bağlanmış ikinci (itiraz niteliği taşıyan) hüküm için dereceyi yeniden açmayı engellenmiştir³⁰. Burada aşamayacağı engeller vardır. Bu nedenle yukarıda 2'de ele alındığı gibi hüküm, etkisizdir³¹.

Bu yaklaşıma karşı durmak mümkün değildir, ikinci hükme karar verilmesi ancak bir ihtilaf yaratır:Hüküm hükme karşıdır. Hükümle ilgili olarak ZPO §580 Nr. 7

²⁶ Jauernig, s.154

²⁷ Jauernig, s.154

²⁸ Jauernig, s.154

²⁹ Jauernig, s.154,dn.24:Kanun yoluna başvurmak sadece ilk hüküm bir yok hüküm ise, anlamlıdır.Bu durumda,ancak yok hükme karşı kanun yoluna başvurulduğunda merci, derece sonlandırılır.Metindeki açıklamalarda sadece merciin sonlandırılması esastır.

³⁰ Jauernig, s.154, dn. 25:Taraflar derecenin sonlanması durumunda, yeni bir hukuki korunma talebini sadece yeni bir dava ile gerçekleştirebilirler.

³¹ Jauernig, s.155

a'da ikinci hükmün ancak yok edilebilir ama etkisiz değildir şeklinde bir yaklaşımı söz konusudur³². ZPO §580 Nr. 7 a'nın burada ele alınanlarda kesişerek bir tartışma durumunu gözönüne aldığı,yarattığı doğrudur; eğer mahkeme birinci hüküm kesinleştikten sonra ikinci bir kararı verirse, ZPO §580 Nr. 7 a'da değinilen ihtilaf durumu gerçekten söz konusu olur. İkinci hüküm sadece, birinci hükümdeki kesin karar saptamasını dikkate almadığı için değer yitirmiyor. Yargılama dışında oluştuğu için eksik kalıyor. Bu ihlali HUMUK §580 Nr. 7 a ele almıyor. Bu nedenle buradan, dava dışında verilen ikinci hükmün sadece yok edilebilir olduğu ama etkisiz olmadığı şeklinde bir sonuç çıkarılamaz³³.

Bu sonuç ZPO §579'dan da, ağır yargılama ihlallerinin bile hükmü etkilemeyeceğini gerekçe gösterilerek, çıkarılamıyor. Böyle bir girişim bütün yargılama eksikliklerin, asla bir hükmün etkisizliğine neden olmayacak anlamında eşit tutulmasına yol açacaktır.Buna göre etkisiz bir hüküm sözkonusu olmayacaktır³⁴.Jauernig'e göre bu değerlere yabancı bir tutumdur.

Modern yargılama hukuku teorisi, tüm yargılama ihlallerini bu değerlere yabancı eşitlemeyle kırmış ve yerine her eksikliğin ayrıştırılarak değerlendirmesini getirmiştir. Bu, yukarıda da gördüğümüz gibi, hükmün oluşumunun her bildirim kusuruyla engellenmeyeceğini sağlamıştı.

Bununla ulaşılan, sadece nadir olağanüstü durumlarda bildirim şartlarının ihlal edilmesiyle bir yok hüküm sonucuna varılabileceğidir. Diğer taraftan değerlendirci bir bakış açısıyla her bir yargılama kusurunun bir hükmün etkili olmasına tesir etmeyeceği şeklindeki kabulle de pek uyumuyor³⁵.

ZPO §579'un içerdiği kurala bu açıdan bakılmalıdır. Burada değinilen ihlaller bir derdest davada vuk'u buluyor; yasal düzenleme bu normal olay üzerine inşa ediliyor. Buna karşın burada açıklanan hükmün usuli ihlali, yargılamanın aynı mahkemede hükmün verilmesinden önce tamamlanmış olmasında yatıyor. Bu olay şekli ZPO

³² Jauernig, s.155;Hein, s.342

³³ Jauernig, s.155,dn.27: ZPO §580 7a'nın ikinci hükmün geçerliliği ile ilgili bir görüş içerip içermediği çok tartışmalıdır. Karşı: Gaul, 88 vd.

³⁴ Jauernig, s.155

³⁵ Jauernig, s.155-156

§579’da içerilenden tamamıyla ayrıdır. Derecenin kapanmasından sonra verilen hükmün bütün etkilerinin olmaması bu kural ile çok rahat bağdaştırılabilir³⁶.

Deredest bir yargılamada hükmün verilmesi, ancak burada davacının talep ettiğinden daha fazlasının hükmedilmesi bazı zorluklar doğuruyor³⁷.

Bir hükümde talep edilen bir husus hakkında karar verilmemiş olması durumunda, Stein-Jonas-Schönke’nin³⁸ görüşüne göre hüküm, ZPO §322’in de lafzına göre maddi anlamda kesinleşmemektedir. Buradan hareketle bir istisna tanınmalıdır ve eğer hakim dava konusunu yanlış algılayıp bunun sonucunda da konuyla ilgili talep edilmeyen bir talep hakkında karar verdiyse de hüküm yine de geçerli olmalıdır. Bunun gerekçesi ise ZPO §270’de (yeni §268) yatmaktadır, buna göre davanın değişmediğiyle ilgili bir karar bulunuyorsa, bu iptal edilemez bir karardır³⁹.

ZPO §270’ten hükmün etkili veya etkisiz olmasıyla ilgili bir çıkarım yapılamayacağı konusunda Blomeyer’in⁴⁰ görüşüne hak verilebilir. Çünkü bizim sorularımızın belirleyici olan hususu, yani davacının bir talepte bulunmamış olması ve buna rağmen talep hakkında karar verilmiş olması hususu burada eksiktir⁴¹.

Blomeyer’in kendisi de yukarıda a) da, ZPO §579 I Nr. 4 ele alınarak, hükmün etkisinin sağlanacağına inanmaktadır. Ancak bununla olayın esas sorunu karartılmış olmaktadır. Sorun şu ki, kişiye tanınan fazlalıkla ilgili bir yargılama derdest olmuş mudur?. Ancak bu şekilde ZPO §579 I Nr.4’te ele alınan yargılama ihlaliyle bir kıyas mümkündür. Buna daha önce şu not düşülerek değinilmişti: Blomeyer, yargılamayı gerçek anlamda başlatan hukuki korunma talebi ile ZPO §308 I anlamında esasa ilişkin bir dilekçe arasında ayırım yapmamaktadır⁴².

Hukuki korunma talebini esasa ilişkin dilekçeden ayırırsak sorunun, Blomeyer’in durduğu noktadan daha farklı olduğunu görüyoruz. Soru, hukuki korunma

³⁶ Jauernig, s.156, dn. 28’de anılan (Rosenberg, § 73 IV 2 d)

³⁷ Jauernig, s. 156; Karş: Blomeyer, Urteilsgegenstand, s. 48, N.18

³⁸ Jauernig, s.156, dn.30’da anılan (Stein/Jonas/Schönke, § 322, Bem.VII 2)

³⁹ Jauernig, s.156

⁴⁰ Urteilsgegenstand, s.47-50; Jauernig, s.156

⁴¹ Blomeyer, Urteilsgegenstand, s.49; Jauernig, s.156

⁴² Jauernig, s.157

talebinin bir yargılamayı esasa ilişkin dilekçeyi aşacak şekilde harekete geçirip geçirmedeği şeklinde ortaya çıkıyor. Bu da onaylanıyor⁴³.

Hukuki korunma arayışının ortaya çıkmasıyla davacı, davanın genel hedef yönünü belirlemiş oluyor, yani davalının para ödemesi için mahkum edilmesi. Esasa ilişkin dilekçede mahkumiyeti 1.000 DM meblası üzerinden sunarsa yargılamanın içerisinde yukarıya ve aşağıya doğru bir sınırlama yapmış olur. Ona 1.500 DM hak görülürse hüküm davacı tarafından ortaya koyulan dava programı çerçevesinde bulunur ve o nedenle hüküm, görülmekte olan yargılamada verilir. Bu nedenle de karar tüm kapsamıyla etkilidir⁴⁴.

Olay, eğer mahkumiyet hukuki korunma talebinin ve genel dava hedefi çerçevesinin içerisinde yer almıyorsa farklı değerlendirilmelidir. Bir kadın kocasına karşı, evliliğin butlanına hükmedilmesine ilişkin dava açıyor ve mahkeme de bir butlan hükmü yerine boşanma hükmü veriyorsa karar, davacı tarafından harekete geçirilen yargılama dışında veriliyordur ve o nedenle de zaten yargılama dışındadır. Bu yüzden de etkisizdir⁴⁵.

Verilen iki örnekte de ZPO §308 I'nin kurallarının (da) çiğnendiği tartışmasızdır. Talep edilmemiş bir boşanma hükmüyle ilgili olayda mahkeme, talep dilekçesinin içeriğinden farklı kararlar vermiştir. Bu, dilekçe ve –önemli olan nokta tam da budur!- hukuki korunma talebinin karşısında bir aliud içermektedir; o nedenle de etkisizdir⁴⁶.

Buna karşın ilk örnekte mahkeme dilekçeyi sadece içeriksel olarak aşmıştır ve bu nedenle de hala genel hukuki korunma talebinin içerisinde hareket etmiştir. Bu nedenle hüküm etkilidir⁴⁷.

Burada savunulan görüş, davanın sonuçlanmasından sonra zaten etkili bir hükmün verilmeyeceği anlamında yanlış anlaşılmalıdır.

⁴³ Jauernig, s.157

⁴⁴ Jauernig, s.157

⁴⁵ Jauernig, s. 157

⁴⁶ Jauernig, s.157

⁴⁷ Jauernig, s.158,dn.34: Blomeyer'in(Urteilsgegenstand, s.48,50)sadece dilekçenin içerik açısından ihlal edildiği durumları ele alması dikkat çekicidir. Yazar, burada hükmün etkili olduğunu savunmaktadır. Hükmün aliud olduğu durumlarda hangi bakış açısını savunduğu anlaşılamamaktadır. Yine de yazarın ZPO§579 I 4'e ilişkin açıklamalarından bu durumda da hükmü etkili kabul ettiği anlaşılmaktadır.

Davanın geri alınması veya sulhun etkili olup olmadığı ve bu nedenle de yargılamanın sonlandığı konusunda bir tartışma var ise, “eski yargılamanın devam ettirilmesi” talep edilebilir ve edilmek zorundadır⁴⁸. Bununla da her halukarda yeni bir yargılama açılmıştır ve bu yeni yargılamada geri almanın veya sulhun etkili olup olmadığı üzerinde sonuca varılmaya çalışılmaktadır. Mahkeme, etkililiği onaylarsa, nihai kararlar davanın sonuçlandığını (38) saptamak zorundadır; Aksi durumda ya ZPO §303 uyarınca ara karar ile veya dava ile ilgili verilen nihai kararın gerekçelerinde, eski yargılamanın devamının kabule şayan olduğunu belirtmek zorundadır⁴⁹.

Kanun yoluna, kanun yoluna müracaat müddetinden sonra başvurulursa olay bunun gibi benzerlik taşır. Çünkü böylelikle bir yargılama harekete geçirilmiş olur, ki esas hakkındaki hukuki uyumsuzluk sonuçlanmış olmasına rağmen, bir üst mercii karar verebilir ve vermek zorundadır⁵⁰.

Yargılama bölünür, duraklatılır veya bekletilirse de hukuki korunma arayışı değişmeden mevcut kalır. Hakkında karar verilme de, bir hüküm vardır ve bu, görülmekte olan bir yargılamada verilmiştir⁵¹. Bu sebeple yargılamanın ihlali hükmün etkinliğine dokunmuyor⁵².

Sonuç itibarıyla; derdest olmayan bir yargılamada verilen hüküm etki doğurmaz. Bir dava açılmadan veya sona erdikten sonra verilen hükümler etkisiz olurlar. Dava geri alındıktan sonra, feragat, kabul, sulh gibi bir sebeple sona erdikten veya davanın esastan hallinden sonra verilen karar etkisizdir⁵³.

⁴⁸ Jauernig, s.158 ve dn.35’de anılan (Stein/ Jonas/ Schönke/ Pohle, §794, Bem.II 3 a; Rosenberg, § 128 III 3); Lehmann, Prozeßvergleich, s. 236; Schönke, Rechtsschutzbedürfnis, s.61 vd.

⁴⁹ Jauernig, s.158

⁵⁰ Jauernig, s.158

⁵¹ Jauernig, s.158, dn.39’da anılan (Stein/ Jonas/ Schönke, § 239, Bem.I); Kohler, Prozeß, s.88: Yargılamanın devamını redetmektedir.

⁵² Jauernig, s.158; dn.40’da anılan (Stein/ Jonas/ Shönke, § 249, Bem.IV 2; Stein/ Jonas/ Schönke/ Pohle, § 578 Bem.I 3; Rosenberg, § 122 IV 3) RGZ 141,306 (308); Karş: Sauer, Grundlagen, s. 464

⁵³ Özekes, s.690-691; Üstündağ, s.813; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 62 IV 2; Jauernig, s.150 vd.

B. Yargı Yetkisinin Bulunmaması

Alman yargısına tabi olmayan, Alman yargı bağımsızlığına tabii olan bir kişi hakkında hüküm verilmesi günümüzde genel görüşe göre etkisizdir⁵⁴. Aynı şekilde, Türk yargı yetkisine dahil olmayan kimse aleyhine verilen hüküm de etkisizdir⁵⁵. Burada hüküm gerçi bir mahkeme tarafından verilmiştir; ancak tarafa karşı yargı bağımsızlığı (Exterritorialität) varsa veya diğer bazı özel kurallardan dolayı örneğin, Nato Kıta Statüsü(Nato-Truppenstatut) yargı yetkisi ileri sürülemiyorsa etkisiz hükümden bahsedilir⁵⁶.

Tartışmalı olan tek soru ise, yargı muafiyeti olan taraf aleyhine verilen davayı esastan reddeden hükmün etkisiz olup olmadığıdır. Bu sorunun pratik sonucu şudur: eğer hüküm etkili olsaydı, davalıya ülke dışlılığı ile ilgili açılan (ikinci) dava devamında, birinci ve esastan reddedilen hükmün kesin hüküm halini alması kabul edilirdi⁵⁷.

Stein-Jonas-Schönke-Pohle⁵⁸ davayı esastan reddeden bir hükmün etkinliğini, o hüküm hatasız olduğu sürece onaylamaktadırlar.

Goldschmidt⁵⁹ bu görüşü paylaşıyor; çünkü gelecekte aynı konuyla ilgili olacak her hakimin esası reddeden hükmün içeriğiyle ilgili kendi kararını ortaya koyacağı şeklindeki usuli öngörü, ülke dışlılığın hukuki alanın iyiye doğru gitmesi anlamına geliyor; sadece yargılamada hükme bağlanan hususun kesin hüküm olması, hukuki pozisyon açısından onun kötüye gidişini sergiliyor, yargıdan muaf kişi olarak bunu ciddiye almasına gerek kalmıyor.

⁵⁴ Jauernig, s.159; Lent, Zivilprozeßrecht, s.160; Nikisch, Zivilprozeßrecht, § 102 III 2; Hein, s.357; Pagenstecher, Festschrift, s.422; Riezler, Internationales Zivilprozeßrecht, s.361; Jauernig, s.159, dn.41'de anılan(Schönke/Schröder/Niese, § 70 III 2 a; Baumbach/ Lauterbach, § 300, Bem.3 C; Stein/Jonas/Schönke/Pohle, Bem. I 2 a vor § 578) Kararın etkili olduğunu savunanlar: Hellwig, Lehrbuch, I, s.120, System, I, § 174 III 2; § 28 I 2; §20 I 3 b; Karş: § 174 III 4; Kleinfeller, § 69, s. 229; Yok hüküm olduğunu savunanlar: Sauer, Grundlagen, s.452, 474; Wurzer, s.79 vd.

⁵⁵ Özekes, s.688; Üstündağ, s.812

⁵⁶ Prütting/Gehrlein/Thole, vor § 300 Rdnr.12

⁵⁷ Jauernig, s.159

⁵⁸ Jauernig, s.159, dn.42'de anılan(Stein/ Jonas/Schönke/ Pohle, Bem.I 2ve N.6 vor §578)

⁵⁹ Prozeß, N. 2676; Jauernig, s.159 ve dn. 43'de anılan(Wieczorek, § 18 GVG, Bem.A I ve I b; §300, Bem.B II a 2)

Sorulan soruya cevabı ancak hem doktrinde ve hem de yargısal kararlarda sıklıkla farklı kullanılan yargı yetkisi (Gerichtsbarkeit)⁶⁰ kavramını açıklığa kavuşturup ve onu özellikle de sıkça eşanlamlı kullanılan uluslararası yetki (Internationalen Zuständigkeit) kavramından sınırladığımız zaman verebiliriz⁶¹.

Uluslararası yetki uluslararası ilişkisi bulunan davalarda öngörülen dava edilebilirliğinin... uygulanabilirliği sorusunu incelemektedir⁶². Bir mahkemenin uluslararası yetkili olması bir somut vakanın durumuna ve özellikle coğrafi yetki hakkındaki kurallara bağlıdır⁶³. Buradan şunu çıkarmamız gerekir: Uluslararası yetki normlarının ihlali coğrafi yetkinin ihlalinin sonuçları ile aynıdır: Hüküm hatalı olmakla birlikte etkilidir⁶⁴.

Matthies⁶⁵ tarafından yargı yetkisi(Gerichtsbarkeit) isabetli olarak şu şekilde karakterize edilmiştir: Devlet egemenliğinden gelen devlet tarafından mahkemelere genel olarak verilen karar verme yetkisi, uluslararası ilişkileri bulunan davalarda devletler hukukundan kaynaklanan yabancı egemenliğinin önceliği nedeniyle devletler hukuku ile somut bir vakada engellenmiştir. Bunun sonucunda:

Yargıdan bağımsız olan, Alman devleti mahkemesinin yetkisinin dışındadır. Bu, mahkemenin esas hakkındaki kararı olumlu olsa da olmasa da böyledir⁶⁶.

Bu hukuki durum ile ilgili açık görüş, ülke dışında olanın yargı yetkisinin kapsamına girmeyeceği ile açıklanmaktadır. Bu ifade şekli ile yargıdan bağımsız olanın, cebri icraya “itaat etme” düşüncesi birbirine kolayca bağlanabilmektedir . Bir görüşe göre bu, davanın esastan reddedilmiş kararı ile ortaya çıkmaz, böylece bu bakış

⁶⁰ Jauernig, s.159, dn.44: İmparatorluk Mahkemesi, Alman yargı yetkisini, yer itibariyle yetki kavramı ile birlikte ele almaktadır. Stein/Jonas/Schönke, 17. Basiya kadar bunu yargı yolunun kabule şayanlığı problemi olarak görmüştür. Ancak 18. Basiya doğrudur (Bem.V C vor 1).

⁶¹ Jauernig, s.159; Yargı yetkisi (Gerichtsbarkeit) ile uluslararası yetki kavramını birbirinden ayıranlar: Pagenstecher, Festschrift, s.422; Riezler, Internationales Zivilprozeßrecht, s.2003; Matthies, s.18 vd. Karş: Riezler, Beiträge, s.208

⁶² Jauernig, s.160; Matthies, s. 30

⁶³ Jauernig, s.160; Karş: Matthies, s.36 vd.

⁶⁴ Jauernig, s.160 ve dn.48’de anılan (Rosenberg, § 15 II, § 73 IV 2 a)

⁶⁵ s.30; Jauernig, s.160

⁶⁶ Jauernig, s.16

açısından yola çıkarak davanın esastan reddinin etkinliğine karşı endişe oluşmayacaktır⁶⁷.

Bu isabetli ise, Alman yargı yetkisi genel olarak davanın esastan reddi ile ilgili karar için yetkili kılınmış olurdu. Bu sonuç bahsedilen kararın etkili olduğunu söyleyen yazarlar tarafından dahi dile getirilmemiştir. Bu nedenle hukuken Alman yargı yetkisi tarafından ulaşılamayan bir kişi ile ilgili bir kararın nasıl etkili olabileceği konusu çözülemeyen bir sır olarak kalmıştır. Yargı yetkisinden bağışıklık nedeniyle, davayı esastan reddeden bir hükmün de etkisiz olduğu sonucu çıkmaktadır⁶⁸.Özekes’e⁶⁹ göre,yargı bağışıklığı olan kişilere karşı açılan davada davanın reddi halinde hükmü etkili kabul etmek doğrudur.Gerekçesi,davalının işine yarayacak hükmü etkisiz kabul etmemek gerektiğidir.

Alman yargı yetkisinin eksikliği tespit ediliyorsa, mahkeme, yargıdan bağışık olanlara karşı her türlü işlemde yoksundur ve özellikle duruşma günü saptayamaz⁷⁰ Bu nedenle alman yargı yetkisinin varlığı “yargılamanın etkili olma koşulu” olarak tanımlanabilir. Bu koşulun eksikliği kısa yoldan (a limine) redde yol açmaktadır⁷¹

Eğer mahkemenin yargı yetkisinin (Gerichtsbarkeit) var olup olmadığı ile ilgili şüphesi var ise, yargı yetkisinin varlığının tespiti için bir sözlü duruşma günü saptanabilir. Bu işlem, yargı yetkisi “objektif” olarak eksik ise de geçerlidir, çünkü her mahkeme bunun saptanması için gerekli yargı yetkisine sahiptir⁷². Bu bağlamda Alman yargı yetkisinin varlığı yargılamanın koşuludur⁷³(Prozeßvoraussetzung). Diğer bir deyişle dava şartıdır.

⁶⁷ Jauernig, s.160 ve dn.52’de anılan(Stein/Jonas/Schönke/Pohle, Bem. I 2 vor § 578); Goldschmidt,Prozeß,N.2676

⁶⁸ Jauernig, s.160 ve dn.51’de anılan (Schönke/ Schröder/ Niese, § 15 V; Pagenstecher, RabelsZ 11,344,N.8); Nikisch,§102 III 2

⁶⁹ S.688;Aynı yönde: Stein/Jonas/ Grunsky,vor §578 I 5

⁷⁰ Jauernig,s.161 ve orada anılan(Rosenberg,§ 16 II 1 a; Schönke/Schröder/Niese,§ 15 III; Baumbach/Lauterbach,§216, Bem.2 A;Stein/ Jonas/Schönke,§ 216, Bem II 3); Nikisch; §12 II 3

⁷¹ Jauernig, s.161

⁷² Jauernig, s.161

⁷³ Jauernig, s.161;Karş: Lent,Zivilprozeßrecht,s.75; Nikisch, §12 II 3;Jauernig, s.161,dn.57’de anılan(Rosenberg,§89 II 1, IV 5,§91 I 2b;Schönke/Schröder/Niese,§ 15 V; Baumbach-Lauterbach,§ 274 ,Bem.1A; Stein/ Jonas/Schönke,N. 182 vor§ 1) RGZ 157,389 (394); BGHZ 8, 378 (379)

Bu nedenle dava şartları sıralamasında hangi konumda olduğu araştırılmalıdır. Matthies'in⁷⁴ haklı olarak söylediği gibi bu soru yargılamanın karar verme olgunluğu açısından önem taşımaktadır⁷⁵.

Yargı yetkisi tüm dava şartlarının en kapsamlısıdır, çünkü ya tüm Alman mahkemeleri için geçerlidir ya da hiçbiri için. Bu nedenle mantıksal olarak kabule şayanlık denetiminin en üstünde yer alır. Ancak hukuken farklı bir sıralama mevcuttur⁷⁶.

Bütün mahkemeler başka bir şeye gerek olmaksızın yargı hakkını(Justizhoheit) denetleme yetkisine sahip değildirler. Aksine genelde yalnız yer ve konu itibarıyla yetkili ve görevli mahkeme tarafından denetlenir⁷⁷. Yetkili ve görevli mahkeme düzenli olarak basit bir şekilde saptanabilir ve bu nedenle denetleme ilk olarak bu mahkeme tarafından yapılması bir tarafa bırakılırsa, yetkili mahkemece yapılan denetlemenin konsantrasyonu farklı dava şartlarının varlığı hakkında çelişkili kararları önlemeye hizmet eder⁷⁸.

Eğer dava, yargı yetkisinin eksikliği nedeniyle reddedilirse, bu saptama yargıdan bağımsız olana karşı da kesin hüküm halini kazanır; çünkü söz konusu olan yargı yetkisidir. Bu nedenle bu yargılama hakkının olduğu kısmın içinde yer almaktadır⁷⁹.

Her mahkeme yargılama hakkının mevcudiyetini denetlemeye yetkin ise artık, bu sorun ile ilgili kararın her durumda bağlayıcı olduğu sonucu ortaya çıkar, yani mahkeme hatalı olarak, davalının Alman yargısına tabi olduğunu saptarsa da bu sonuç değişmez⁸⁰.

Hükmün bağlayıcı olduğu olasılığı reddedilirse, Alman yargısının sınırları ile ilgili soru hukuk boşluğunda cevapsız kalır.⁸¹ Alman mahkemesi dışında başka kim

⁷⁴ s.55; Jauernig, s.161

⁷⁵ Jauernig, s.162

⁷⁶ Jauernig, s.162, dn.59: Farklı görüşte olanlar: Baumbach-Lauterbach, Einf. §274, Bem.3: Yargı yetkisini tüm diğer dava şartlarından önce incelemek düşüncesindedirler.

⁷⁷ Jauernig, s.162, dn.60: Yargı yolunun caiz olup olmadığı sorunu, genel görüşe göre sadece yetkili mahkeme tarafından incelenebilir. Karş: Rosenberg, § 89 IV 5; RGZ 129, 175(178)

⁷⁸ Jauernig, s.162

⁷⁹ Jauernig, s.162, dn.62: Bu alanda yargı yetkisinden önce denetlenmesi gereken tüm dava şartları yer almaktadır. Rosenberg'e göre (§ 89 II 1, IV 5) derdestlik veya kesin hüküm de bunlara dahildir.

⁸⁰ Jauernig, s.162

⁸¹ Jauernig, s.162, dn.63: Goldschmidt bunu atlamıştır. (Prozeß, N. 2667)

alman yargısının geçerli olup olmadığı kararını verebilecektir? “Hukuk düzeninin sağlanması ile ilgili devlet faaliyetleri”⁸² sadece mahkemeler tarafından gerçekleştirilir (madde 92 GG) ve bu nedenle sınırları hakkında sadece bu mahkemeler karar verir⁸³.

Alman yargısının geçerli olduğu ile ilgili bağlayıcı bir kararın, ancak mahkeme tarafından bu karar açıkça söylenmişse, geçerli olduğu belirtilmelidir. Salt esasa ilişkin bir karar verildiğinde henüz yargı hakkının varlığı ile ilgili bağlayıcı bir ilam (verbindlicher Ausspruch) mevcut değildir⁸⁴

Türk hukukunda da, davalı bakımından yargı hakkına sahip olması mahkemeye ilişkin dava şartıdır. Ancak mahkemeye ilişkin dava şartlarının ilk sırada incelenmesi ve bunun usul ekonomisi ile gerekçelendirilmesi kabul edilmemektedir. Tarafa ilişkin dava şartları ilk sırada incelendikten sonra ikinci sırada mahkemeye ilişkin dava şartlarının incelenmesi gerekir. Mahkemeye ilişkin dava şartları içinde ilk sırada davalının yargı hakkına sahip olup olmadığı incelenmelidir⁸⁵

C. Yargı Yolunun Yanlış Olması

Özel bir hukuk mahkemesi kendi görev alanından çok genel hukuk mahkemelerinin alanına giren bir dava konusunu karara bağlar ise, bu karar genel görüşe göre etkisiz sayılır⁸⁶. Bu tür etkisiz bir hükme örnek olarak çoğu zaman iş mahkemesinin⁸⁷ verdiği boşanma kararı gösterilir. Bu vaka sıra dışıdır ancak farklı bir mahkemenin alanına girme sorununu ve bunun sonucunda hükmün –görünüşte- etkisizliğini göstermektedir. Hükmün etkisizliği bir diğer mahkemenin görev alanına

⁸² Jauernig, s.162,dn. 64’de anılan (Rosenberg,§ 10 I 2)

⁸³ Jauernig, s.162

⁸⁴ Jauernig, s.163,dn.65:Yargı yolunun caiz olması hakkında karar hususunda başka bir şey geçerlidir.Burada zımni onay yeterlidir;esasa ilişkin kararın verilmesinde olduğu gibi(Haklı şekilde Rosenberg,§11 III 2a)

⁸⁵ Alangoya/ Yıldırım/Deren –Yıldırım, s.199

⁸⁶ Jauernig, s.163; Karş: Wach, RheinZ 3, 401 ; v.Baligand,s.277; Hellwig, System,I,§ 27 I 1; § 20 I 3a;Nikisch,§ 13 III 2; Wurzer,s.92 vd.

⁸⁷ Genel görüşe göre, iş mahkemeleri özel hukuk mahkemesi olarak kabul edilmektedir: Jauernig, s.163; Nikisch, § 13 II 1; Niese, § 13 II

girmesi ile oluşursa, hükmün etkisizliği ile ilgili bu kategorinin sorunlarının münferit mahkemelerin yargı yetkisinin birbirleriyle bağlantılı olduğu ortaya çıkmaktadır⁸⁸.

Nikisch⁸⁹ ve Baumbach-Lauterbach'ın⁹⁰ görüşüne göre “ olağan mahkemeler⁹¹ ile özel mahkemeler arasındaki ilişkide ... olağan mahkemelerin özel hukuka ilişkin hukuki ihtilaflarda bir yığın yargı yetkisinin olduğu (§ 13 GVG) ve bunların hukuk yolunun geçerliliği ile ilgili kararı verdikleri (§ 17 I GVG) görüşü kriter oluşturmaktadır ve buna karşılık özel mahkemelere baştan itibaren sınırlı bir yargı yetkisini uygulayabilme imkanı tanınmıştır”.

Bahsedilen yazarlar buradan iki sonuç çıkartmaktadır: Birincisi, özel bir mahkemeye ait bir olayı içerse de, genel bir mahkemenin kararının geçerli olduğudur⁹². Diğeri ise, özel bir mahkemenin “yargı yetkisi dışında” verdiği bir kararın etkisiz olduğudur⁹³. Niçin bir karar etkisiz, diğeri ise etkilidir? Bu soru da bilinen totolojik gerekçe ile açıklanmak zorunda mıdır? Bir mahkemenin yargı yetkisi dışında verdiği karar etkisizdir, çünkü karar yargı yetkisi dışında verilmiştir ve tam tersi midir?⁹⁴

Bir kararın etkisizliği ile diğer kararın etkililiği ile ilgili sebep olarak,Nikisch ve Baumbach-Lauterbach'ın görüşüne göre 1. genel hukuk mahkemeleri yargı yolunun geçerliliği ile ilgili bağlayıcı kararı verdikleri⁹⁵ ve 2. genel mahkemeler ile özel mahkemeler arasındaki ilişkinin yargı yolunun geçerliliği ile ilgili olduğu ortaya çıkmaktadır⁹⁶. Buradan şu sonuç çıkmaktadır:

Genel hukuk mahkemesi özel bir mahkemeye ait bir hukuki ihtilafı esastan karara bağladıysa, o bu konuda “genel” yargı yolunun geçerli olduğunu hatalı olarak saptamıştır. Ancak genel mahkeme genel ve özel olmak üzere “yargı yolunun” kabule sayan olduğunu bağlayıcı olarak belirleme yetkisine sahiptir. Buna göre özel mahkeme,

⁸⁸ Jauernig, s.163

⁸⁹ § 13 III; Jauernig, s.163

⁹⁰ Jauernig, s.163'de anılan (Baumbach/ Lauterbach,§ 12 GVG,Bem.2 ; § 13 GVG, Bem.3 D; § 17 GVG,Bem. 1)

⁹¹ Bunlar bu çalışmadaki kullanıma göre genel hukuk mahkemeleridir: Jauernig, s.163

⁹² Nikisch, § 13 III 1; Jauernig, s.164'de anılan (Baumbach/Lauterbach,§ 12 GVG, Bem.2,§17 GVG, Bem. 1.)

⁹³ Nikisch,§ 13 III 2; Jauernig, s.164,dn. 74'de anılan(Baumbach/Lauterbach,§12 GVG, Bem.2;§17 GVG, Bem.1)

⁹⁴ Jauernig, s.164

⁹⁵ Nikisch , § 13 III; Jauernig, s.164, dn.75'de anılan(Baumbach/Lauterbach,§ 17 GVG, Bem.1)

⁹⁶ Nikisch, § 13 III 3; Jauernig, s.164,dn.76'da anılan(Baumbach/Lauterbach,§ 12 GVG, Bem.2,§13 GVG, Bem.3 D, § 17 GVG, Bem.1)

eğer daha sonra kendisine başvurulursa, genel mahkemenin “özünde” caiz olmayan esasa ilişkin kararını dikkate almak zorundadır⁹⁷. Bununla birlikte bu karar etkilidir⁹⁸.

Buna karşı özel bir mahkeme kendi görev alanına girmeyen bir dava konusunu esastan karara bağladıysa, o böylece “özel” yargı yolunun geçerli olduğunu hatalı olarak saptamak şeklinde haksız bir kabulde bulunmuştur. Bu mahkemenin zaten yargı yolu (genel veya özel) ile ilgili bağlayıcı kararı verme yetkisi olmadığı için, genel mahkeme özel mahkemenin verdiği caiz olmayan esasa ilişkin kararını dikkate almak zorunda değildir. Bu nedenle bu karar etkisizdir⁹⁹

Yargı yolunun kabule şayanlığı hakkında bağlayıcı olarak saptama yetkisinin sadece genel mahkemeye ait olması (“Kompetenzkompetenz”-yetkiye hüküm verebilme yetkisi)¹⁰⁰ Nikisch ve Baumbach-Lauterbach’ın görüşüne göre yalnız genel veya özel adli yargı yolu sorunu için geçerli değildir¹⁰¹. Bunun dışında idari mahkeme ve –makamlar karşısında (genel ve özel) adli yargı yolunu bağlayıcı olarak belirleme yetkisini içermektedir (§ 17 I GVG, § 2 EGGVG)¹⁰². Genel hukuk mahkemesi adli yargı yolunu haksız olarak onayladıysa, “yetkiye hüküm verebilme yetkisi” sebebiyle hem idari mahkemeler ve –makamlar hem de özel hukuk mahkemeleri bununla bağlıdır. Genel hukuk mahkemesinin özünde geçersiz olan esasa ilişkin kararı bununla birlikte etkilidir. Buna karşı özel hukuk mahkemesi adli yargı yolunu haksız olarak onayladıysa, bu, ne genel hukuk mahkemesini ne de idari mahkeme ve –makamları bağlar. Bu nedenle özel hukuk mahkemesinin esasa ilişkin caiz olmayan kararı bu durumda da etkisizdir¹⁰³.

Rosenberg de- Nikisch ve Baumbach-Lauterbach gibi- genel hukuk mahkemelerinin bir yığın özel hukuka yönelik ihtilaflarda yargı yetkisine sahip olduğu

⁹⁷ Jauernig, s.164

⁹⁸ Nikisch, § 13 III 1; Jauernig, s.164,dn.78’de anılan(Baumbach/Lauterbach,§ 12 GVG,Bem.2, § 17 GVG, Bem.1)

⁹⁹ Nikisch,§ 13 III 2; Jauernig, s.164,dn.79’da anılan (Baumbach/Lauterbach,§ 17 GVG,Bem.1, § 12 GVG, Bem.2)

¹⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz:Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,s.609

¹⁰¹ Jauernig, s.165

¹⁰² Jauernig, s.165,dn.80’de anılan (Baumbach/Lauterbach,§17 GVG, Bem.1); Nikisch, §9 I 2

¹⁰³ Jauernig, s.165,dn.81’de anılan (Baumbach/Lauterbach,§17 GVG,Bem.1, § 12 GVG,Bem.2); Nikisch,§13 III 1,2

görüşündedir. Bu nedenle adı geçen mahkemelerin verdiği esasa ilişkin karar, dava konusu özel bir hukuk mahkemesine ait olsa bile etkilidir¹⁰⁴

Buna karşılık özel hukuk mahkemeleri başından itibaren sınırlı bir yargı yetkisine sahiptir. Bu nedenle, bu yargı yetkisinin dışında verilen esasa ilişkin karar etkisizdir¹⁰⁵ Rosenberg bu kararın etkisizliğini ve diğer kararın etkililiğini hangi sebebe bağlamaktadır?

Bu soruya açıklık getirmeden önce Nikisch ve Baumbach-Lauterbach'ın görüşünü tekrar kısa bir şekilde ele almak gerekir. Her iki yazar genel hukuk mahkemeleri ile özel hukuk mahkemeleri arasındaki ilişkiyi yargı yolunun kabule şayanlığı sorusu olarak, aynı genel ve özel hukuk mahkemeleri ile idari mahkemeler ve –makamlar arasındaki ilişki gibi görmektedirler. Yargı yolunun kabule şayanlığı hakkında her iki durumda da genel hukuk mahkemesi bağlayıcı bir karar verebilir. Bu nedenle özel hukuk mahkemesinin kararı kendi yargı yetkisi dışında verildiğinde (bu bağlamda kısıtlı) etkisizdir. Nikisch ve Baumbach-Lauterbach söz konusu esasa ilişkin kararın etkisizliğini, özel hukuk mahkemesinin yargı yolunun kabule şayanlığını bağlayıcı olarak karara bağlama yetkisinin olmayışına dayandırmaktadırlar¹⁰⁶.

Rosenberg farklı bir bakış açısına sahiptir. Kendisi genel ve özel hukuk mahkemeleri ile idari mahkeme ve – makamlar arasındaki ilişkiyi olağan yargı yolunun kabule şayanlığı açısından incelemektedir¹⁰⁷. Buna karşılık genel ile özel hukuk mahkemelerinin (iç) sınırlaması konu itibarı ile yetkinin, yani görevin konusudur¹⁰⁸. Böylece söz konusu esasa ilişkin kararların etkisizliğini - Nikisch ve Baumbach-Lauterbach gibi- yeknesak görmekte, bir özel hukuk mahkemesinin hukuk yolunun kabule şayanlığı hakkında bağlayıcı karar verememesi olasılığını Rosenberg konu dışı bırakmaktadır. Buna rağmen Rosenberg bu kararların etkisizliği ile ilgili yeknesak bir gerekçeye varabilmektedir. Rosenberg'in kitabındaki açıklamalarda bu konuya sadece

¹⁰⁴ Jauernig, s.165,dn.82'de anılan (Rosenberg,§14 V 1a;Karş:§ 10 I 2)

¹⁰⁵ Jauernig, s.165,dn.83'de anılan (Rosenberg,§ 14 V 1 b,§10 I 2;§ 73 IV 2 a)

¹⁰⁶ Jauernig, s.165-166

¹⁰⁷ Jauernig, s.166,dn.84'de anılan(Rosenberg, §11 I,II, §14 V I

¹⁰⁸ Jauernig, s.166,dn. 85'de anılan (Rosenberg, §10 II a, § 14 V 1b)

değinilmiştir¹⁰⁹. Net bir açıklama 1928 yılına ait “iş mahkemesince yargı yetkisinin aşılması” makalesinde¹¹⁰ yer almaktadır.

Rosenberg¹¹¹, olağan yani “genel” hukuk mahkemelerinin idari makam veya idari mahkemelerin yetkisi gerekçelendirilmiş olsa bile, (§17 I GVG §2 EGGVG ile) hukuk yolu hakkında bağlayıcı karar verme yetkisine sahip olduğunu savunmaktadır (krş.§ 13GVG). Bu durumda GVG §17 I açıkca olağan mahkemelerin yargı yetkisini özel hukuka ait olmayan hukuki ihtilaflarda da içerdiğini belirtmektedir... çünkü olağan mahkemeler karar vermektedirler; oysa ki hukuk yolunun kabule şayan olmadığında karar vermemeleri gerekmektedir, yani karar veremezler, buna kabiliyetleri yoktur. ⁸ Eğer olağan mahkemeler §17 I GVG uyarınca özel hukuka girmeyen hukuki ihtilaflarda yargı yetkisine sahip iseler Rosenberg’in deyişiyle olağan mahkemeden önce özel mahkemenin yetkisinin önceliği olması da daha fazla sebeble düzenlenmiş olmalıdır. Bu §17 I GVG den doğrudan çıkartılamaz. Çünkü olağan mahkemeler ile özel mahkemeler arasındaki ilişkiye göre hukuk yolunun kabule şayanlığı söz konusu değildir. Olağan mahkemelerin özel mahkemeye ait konularda verdiği kararların etkili olması ile ilgili esas daha çok §17 I GVG’den kıyasla sonuca varma yoluyla(a maiore) ortaya çıkmaktadır. **Çünkü §17 I eğer olağan mahkemelerin kararlarını özel hukuka ilişkin hukuki ihtilaflar oluşturmadığı, olay daha ziyade bir idari makama ait olduğu halde bile etkili sayıldığından, olağan mahkeme hukuk yargısı alanı içerisinde ise ve özel bir mahkemenin yetkisini ihlal ediyorsa artık evveleminde etkili sayılmalıdır.**

Özetle: Olağan mahkemelerin yargı yetkisi genel olarak tüm sunulan hukuk davalarını kapsamaktadır. Normal şartlarda bir dava için idari bir makam veya özel bir mahkeme yetkili olduğu için olağan mahkemenin karara bağlayamayacağı davaları bile kapsar. Özel mahkemelerin olağan mahkemelere tanınan yetkiye hüküm verme yetkisi yoktur. Bu mahkemeler yargı yolunun kabule şayanlığı hakkında karar veremezler (§17 I GVG ile§2 EGGVG). Yargı yolunun geçersiz olduğu durumlarda yetkili idari makam özel mahkemenin esasa ilişkin kararına bağlı değil ise ve hiçbir tarafın bu karara karşı çıkması engellenemez, yani karar etkisizdir. Bunun yanı sıra, olağan mahkemelerin sunduğu kıyas (GVG §17 I) özel mahkemelerin temelinde eksiktir. Bu, konu

¹⁰⁹ Jauernig, s.166,dn.86’da anılan (Rosenberg, §10 I,§14 V 1 b, §73 IV 2 a, §11 I,III 2)

¹¹⁰ Jauernig, s.166, dn.87’de anılan (Rosenberg, DRİZ 28, 170-174)

¹¹¹ Jauernig, s.166, dn.88’de anılan (DRİZ 28,171)

bakımından yetkisi bulunmayan özel mahkemenin verdiği kararın etkisi, eğer bir makam yetkili değil ise ve olağan mahkeme veya bir özel mahkeme yetkili ise etkilidir¹¹².

Rosenberg bu görüşünü bugüne kadar korumuştur¹¹³. Sadece bir noktada düzeltmeler öngörmüştür. Bahsedilen 1928 yılındaki makalede¹¹⁴ iş ihtilafı olmayan davalarda veya iş mahkemelerinin yargı yolunun kabule şayan olmadığı durumlarda verdiği esasa yönelik kararlar da etkisiz olarak tanımlamaktadır; taraflar yetkili mahkeme veya makama başvurabilme hakkına sahip değildirler ve bu mahkemeler esasa yönelik veya farklı bir şekilde karar veremezler. Bugün Rosenberg iş mahkemelerinin maddi yetkilerini(sachliche Zuständigkeit) yani görevi aşan durumda verdiği kararları (etkili) olarak görmektedir, sadece yetki sınırları kesin olarak tutulmadığında bu geçerlidir, fakat örn. Bir iş mahkemesi tarafından çıkartılan boşanma kararı buna bağlı değildir¹¹⁵. Bu etkisiz olma ile ilgili kısıtlamaların 1928’de oluşturulan öğreti ile yetki sınırlarını aşan olaylar ile bağlanabilir olup olmaması ayrı bir konudur¹¹⁶.

Şu tespit yeterlidir ki, Rosenberg bir iş mahkemesinin verdiği esasa ilişkin kararı sadece açıkça mahkeme yetkili değil ise veya yargı yolunun caiz olmadığı durumlarda etkisiz olarak görmektedir. Bu Rosenberg’in 1928’deki öğretisinin temel olarak değişmediğini gösterir. Onun bugünkü bakış açısına göre prensipte olağan yani genel hukuk mahkemelerinin esasa yönelik kararları, eğer bir idari uyuşmazlık veya özel bir mahkemeye ait hukuki uyuşmazlık gerçekleşmiş olsa da etkilidir. Olağan mahkemelerin imtiyazlı konumu nasıl açıklanmaktadır? Rosenberg-1928-olağan hukuk mahkemesinin yani hukuk mahkemelerinin durumunu, hukuk mahkemesi hakimlerinin kişisel bağımsızlığına dayandırmaktır¹¹⁷. Bu teminat özel mahkemelerde ve bununla birlikte iş mahkemesinde eksiktir¹¹⁸. Rosenberg-konuyla ilgili olarak-“idari makamların” hakimlerin bağımsızlıkları ile ilgili kişisel garantilerinin olmamasından tam olarak bahsetmemiştir. Bu Rosenberg’in durduğu açıdan da kendiliğinden

¹¹² Jauernig, s.167

¹¹³ Jauernig, s.167,dn.90’da anılan (Rosenberg,§ 14 V 1a b; § 10 I;§11 I, II, III 2;§73 IV 2 a)

¹¹⁴ Jauernig, s.167,dn.91’de anılan (DRİZ 28, 172)

¹¹⁵ Jauernig, s.167,dn.93’de anılan (Rosenberg, §14 V 1 b)

¹¹⁶ Jauernig, s.167

¹¹⁷ Jauernig, s.168

¹¹⁸ Jauernig, s.168, dn. 94’de anılan (DRİZ 28, 174)

anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle sadece olağan mahkemeler bağımsız mahkemelerdir; sadece bu mahkemenin izlediği hukuk yolu gerçek yani bağımsız bir mahkemeye gider. Sadece olağan mahkemenin yargı yetkisi bir bağımsız mahkemenin karar verme erkidir. Bu, özel hukuk mahkemeleri ve idari mahkemeler sadece yargı yetkisi(Gerichtsbarkeit) ile isim bakımından ortaktır. Sadece bu özel hukuk alanında olmayan ve özel hukuk alanında olan davalarda bulunmaktadır. Bu kapsamlı yargı yetkisi nedeniyle olağan mahkemelere yetkiye hüküm verebilme yetkisi verilmiştir, bu nedenle idari ve özel mahkemelere yönelik işlerde ortaya çıkan müdahalelerde verdiği kararlar da etkilidir¹¹⁹.

Rosenberg burada bahsedilen kararlarla ilgili olağan mahkemelerin yetkiye hüküm verebilme yetkisinin doğması ile yetinmez. Açıklamaları daha çok bir bağımsız mahkemenin yargı yetkisi, yargı yolunun kabule şayanlığı ve burada esas hakkındaki kararların etkililiği arasındaki irtibatlara ilişkin bilgilere dayanmaktadır¹²⁰. Bu bağlantılar eskiden olduğu gibi bugün de var olmaktadır. Buradaki soru sadece hukuki arka planın, kanuni dayanakların kaymış olup olmadığıdır. Bu soruya evet cevabı verilmelidir.

Yargı yetkisi, mahkeme ve yargı yolu düşüncesi ile, Rosenberg'in açıklamaları ve bununla birlikte Nikisch ve Baumbach-Lauterbach açıklamalarında olduğu gibi anayasaya aykırılık meydana gelmiştir¹²¹.

Eskiden sadece olağan mahkeme için garanti edilen bağımsızlık şimdi bütün mahkemelerin temel özelliğidir, varlık unsurudur (Karş. § 92, 97 I GG)¹²².

Bu yüzden bugün bütün mahkemeler olağan mahkemelerdir. Niese¹²³ haklı olarak belirttiği gibi, olağan mahkeme tanımı gereksiz bir tekrardır!. Bu nedenle farklı yargı yetkisi artık bulunmamaktadır sadece yekpare bir yargı erki vardır(madde 92 GG). Bu yekpare yargı erki -anayasa mahkemeleri bir kenara konulursa-aynı şekilde madde 96 I GG'de bahsedilen yargı kolları tarafından da yürütülmektedir¹²⁴.

¹¹⁹ Jauernig, s. 168

¹²⁰ Jauernig, s.168

¹²¹ Jauernig, s.168

¹²² Jauernig, s.169; Karş: BVerfGE 4,331 (344) = NJW 56, 137 (138)

¹²³ Jauernig, s.169,dn.97'de anılan (Schönke/Schröder/ Niese,§ 13 IV 1)

¹²⁴ Jauernig, s.169

Yargı yetkisinin bütünlüğü sonucunda yargı yolu da bütünlük kazanmıştır. Anayasa---daha önce de saptadığımız gibi¹²⁵- sadece yargı yolunun ve “mahkemenin” tek bir kavramını tanımaktadır. Bundan şunu çıkarabiliriz ki, bir hukuk mahkemesinin konusu ile ilgili idari mahkemenin verdiği karar bir “karardır” ve yok hüküm değildir¹²⁶. Yargı yetkisinin bütünlüğü, artık bir mahkeme diğer bir yargı kolunun alanına tecavüz ettiği için kararın etkisiz sayılması sonucuna yol açmayacaktır¹²⁷.

Bu öncelikle hukuk, idari, mali, iş ve sosyal yargılama ile ilgili mahkemeler arasında oluşan ihlallerde söz konusudur. Eğer bir iş mahkemesi idari bir dava konusu, idari ihtilaf ile ilgili bir konuda karar verirse veya bir idari mahkemesi hukuk davasıyla ilgili bir konuda karar verirse, o zaman bu karar hatalıdır; çünkü mahkeme “kendi alanındaki yargı yetkisini”, komşu yargının yetkili olduğu alanda haksız yere kullanmıştır¹²⁸. Her bir yargı kolunun sınırının belirlenmesi bir yetki görev sorunu olarak görünüyorsa; o zaman az önce dile getirilen örneklerde yetkili ve görevli olmayan mahkemelerin kararları söz konusudur. Fakat bu noksanlık hükmü etkisiz kılmaz. İdare hukukunda da, yetkisiz bir makamın idari tasarrufu, makamın yetkisiz olmasından dolayı etkisiz olur tezi temsil ediliyorsa da-oldukça şüpheli olan- bu genel kural ne olursa olsun hükümler için geçerli olamaz. Bunlar, Bettermann’ın¹²⁹ isabetli şekilde işaret ettiği gibi, spesifik etkilerinin gücüyle, özellikle özlerindeki kesin hüküm sayesinde, idari işlemlere nazaran, hukuki varlıkları çok daha dayanıklı olan, birer hukukun tanınması işlemidirler¹³⁰. Çok daha yüksek bir hukuki dayanıklılığa sahip olmasının sebebi bir mahkemenin, idari makamın aksine, esasa ilişkin kararlarda kendi yetkisi hakkında son yetkili mercii olmasında yatmaktadır¹³¹.

Bundan çıkan sonuca göre; yetkisiz bir mahkemenin hükmünün etkisi, sadece daima kendisinin tabi olduğu yargı alanı içerisinde değerlendirilmelidir. Örneğin bir idari mahkeme bir davayı esasa ilişkin sebeplerden dolayı kesin hüküm şeklinde

¹²⁵ Karş: § 3

¹²⁶ Karş: § 3 V

¹²⁷ Jauernig, s.169

¹²⁸ Jauernig, s.169

¹²⁹ Jauernig, s.170, dn.103’de anılan (SJZ 49, 704)

¹³⁰ Jauernig, s.170, dn.104: Maddi anlamda kesin hükümden türetilen görüş petitio principii (Bir sonuca neden olan şeyi, o sonucu ispatlamakta kullanma safatasıdır.) içermektedir. Zira, bahsedilen hükümlerin etkili olup olmadıkları, maddi anlamda kesin hüküm kabiliyetine haiz olup olmadıkları ile ilgilidir. Hukuki dayanıklılık, sabitlik, istikrar kanun nedeniyle kesin hüküm teşkil etmeyen kararlar için de geçerlidir. Örneğin... (Grundurteil) Bkz: Bettermann, Festschrift, s.41 Vd.

¹³¹ Jauernig, s.170

redetmişse ve şimdi başka bir idari mahkemede yeniden bir dava açılıyorsa, o zaman bu mahkeme,sorunun bir hukuk davası olmasından dolayı,idari yargı yolunun usulsüz olduğu görüşüne sığınamaz.Çünkü bir önceki idare mahkemesi farkında olmasa da esasa ilişkin bir karar vererek zımni şekilde yargı yolunun uygunluğunu onaylamış oldu. Bu karar idari yargı dahilinde etkilidir, yani aynı yargı yolunun diğer mahkemelerini bağlar. Bu durumda burada verilen örnekte, bağlayıcılık diğer idari mahkemeler için söz konusu olacaktır.Bu temel esas diğer yargı kollarında da geçerlidir¹³².

Bu etkili olma durumuyla ilgili sorunları, kesin olarak ayıran soru, kabule şayanlığın kabul edilmesinin veya reddedilmesinin diğer komşu yargı yetkilerinde de bağlayıcı olup olmayacağına ilişkindir. Davacının idare mahkemesi tarafından esastan rededilmiş olan davayı, bir iş mahkemesi,bir genel hukuk mahkemesi vs. huzurunda yeniden başarıyla açıp açamayacağı; bu mahkemelerin idare mahkemesi tarafından kesinleşmiş idari yargı yolunun caiz olduğunu kabul eden kararı ile bağlı olup olmadıklarına ve bundan dolayı kendilerine yapılan yargı yolu başvurusunu usulsüz ilan etmek zorunda olup olmadıklarına bağlıdır¹³³.

Bu, yetkiye hüküm verebilme yetkisi(Kompetenz-Kompetenz)¹³⁴ ile ilgili meşhur sorun son zamanlarda sıkça incelemelere konu olmuştur¹³⁵ Bunlar,bu çalışmanın oluşturmaya amaçladığı çerçevenin dışında tutulabilirler.Çünkü komşu yargı yetkisinin bağlayıcılığının yokluğu bir hükmü etkisiz kılmaz.Hüküm, her ne olursa olsun tabi olduğu yargı alanı dahilinde her zaman etkilidir. Dikkat edilmesi gereken husus şu ki,inşai hükümler her zaman için tabi oldukları yargı yetkisinin dışına taşarlar. Uygulanarak geçerlilik kazanmış olan inşailik,diğer yargı kollarının mahkemeleri tarafından da bir vakıa olarak sorunsuz şekilde dikkate alınmalıdır.Bu sebeble,daha önce sıkça değinildiği gibi,bir iş mahkemesinin verdiği boşanma hükmü etkilidir¹³⁶.

Komşu yargı yetkisinin bağlayıcılığının yokluğu halinde,o zaman başka bir yargı kolunun mahkemesinin kendisini aynı şekilde görevli ve yetkili ilan ederek aynı konuda farklı karar vermesi mümkündür.Bu sebeble,bir olumlu görev uyuşmazlığı

¹³² Jauernig, s.170

¹³³ Jauernig, s.170-171

¹³⁴ Kompetenz-Kompetenz, bir mahkemenin kendi yetkisi hususunda diğer mahkemeleri de bağlayacak şekilde hüküm verebilme yetkisidir. Bkz: Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,s.609

¹³⁵ Jauernig, s.171; Bettermann, JZ 57, 321vd.

¹³⁶ Jauernig, s.171

durumunda birbiriyle çelişen esasa ilişkin iki kararın oluşması kaçınılmaz olacaktır.Burada, pratik olarak, hükmün etkileri oluşamaz; zira zaten birbirlerini etkisizleştiriyorlar¹³⁷.

Buraya kadar Alman Anayasasının 96/I maddesinde sayılan yargı kollarının birbirleriyle olan ilişkilerini açıkladık. Orada değinilen olağan yargının ise daha ayrıntılı ele alınması gerekiyor.Çünkü o,yani olağan yargı ceza yargısını olduğu kadar çekişmeli ve çekişmesiz yargıyı da içermektedir¹³⁸.Az önce sayılan temel esaslar olağan yargı alanında faaliyet gösteren mahkemelerin karşılıklı ilişkileri hakkında da geçerli ise,çekişmesiz yargının alanına giren bir konuda bir çekişmeli yargının hükmü, bir hukuk davasında bir ceza mahkemesinin kararı vs. etkili midir?¹³⁹

Çekişmeli ve çekişmesiz yargı,Alman Anayasasının 96/I maddesindeki anlamıyla aynı olağan yargının parçalarıdır¹⁴⁰.Sadece buradan yola çıkarak, yalnızlıkla çekişmesiz yargının alanına giren konularla ilgili hükümlerin etkili oldukları söylenebilir.Etkili olma durumu,yukarıda 3a'da ortaya konulan görüşe uygun olarak,çekişmeli yargıdaki diğer mahkemelerin aksine sorunsuz şekilde mevcut olabilmektedir¹⁴¹

Bir çekişmeli hukuk mahkemesinin bu -hatalı- kararının çekişmesiz yargının mahkemelerini bağlayıp bağlamayacağı son derece önemli bir sorudur.Bu soru, bugün bir genel hukuk mahkemesinin kararı için sonuç itibarıyla istisnasız ve haklı olarak daima olumlu olarak cevaplanmaktadır.Bunun için ortaya konan gerekçeler farklılık gösterecektir.Bir kısım görüş sahipleri¹⁴² çekişmeli yargıyla çekişmesiz yargının birbirinden ayrılmasının yargı yolunun kabule şayanlığı sorunu olduğunu düşünürken, diğer görüş sahipleri¹⁴³ ise sorunun kendine özgü bir sınırlama problemi olduğunu, fakat buna rağmen yargı yolu hükümlerinin¹⁴⁴ kıyas yolu ile uygulanması gerektiğini düşünmektedirler.Bu bakımdan her iki görüşün pratik sonuçlarına bakıldığında bir fark

¹³⁷ Jauernig, s.171

¹³⁸ Jauernig, s.171

¹³⁹ Jauernig, s.172

¹⁴⁰ Jauernig, s.172,dn.106'da anılan(Schönke/ Schröder/ Niese,§12 III)

¹⁴¹ Jauernig, s.172; Aynı sonuca varanlar: Jauernig, s.172,dn.107'de anılan (Schönke/ Schröder/ Niese,§ 12 III; Rosenberg, § 13 III 2 a); Sauer, Grundlagen, s.450

¹⁴² BGHZ 10, 155 (162); 19, 185 (194);Jauernig, s.172,dn.108'de anılan(Stein/Jonas/Schönke,Bem. III 3 vor § 1; Schönke/ Schröder/Niese,§ 12 III)

¹⁴³ Baur, s.33;Jauernig, s.172,dn.109'da anılan (Rosenberg,§ 13 III 2 a c)

¹⁴⁴ Karş : ZPO § 274 II Nr. 2, § 547 I Nr.1;GVG § 9, 17 I

görülmeyecektir: Her iki görüşte çekişmesiz yargının bağlayıcılığını onaylamışlardır. Her iki görüşte de bunu, Adli Teşkilat Kanunu madde 17/I'e dayandırmaktadır¹⁴⁵.

Aynı şekilde hukuk ve ceza yargısı da aynı olağan yargının parçalarıdır. Bundan dolayı-hakim görüşün¹⁴⁶ aksine- hukuk mahkemelerinin ceza davalarındaki veya ceza mahkemelerinin hukuk davalarındaki yargı yetkileri eksik değildir. Bununla birlikte kimsenin hukuk mahkemelerinin etkili olacak şekilde müebbet hapse ve ceza mahkemelerinin de etkili olacak şekilde boşanmaya hükmedebilir olmasından endişelenmesine gerek yoktur¹⁴⁷.

Bu türden hükümlerin sadece ders kitaplarında ve şerhlerde var olması¹⁴⁸ bir yana bırakılacak olursa, her ne olursa olsun usulde bir eksiklik olacaktır¹⁴⁹. Çünkü nasıl olacakta bir ceza davası bir hukuk mahkemesi karşısında ve bir boşanma davası bir ceza mahkemesi karşısında görülebilecektir. Zaten burada, gerekli olan taraflarda bir yetersizlik vardır ve bundan dolayı davanın açılmasını sağlayacak olan hukuki himaye talebinde bulunulmaz. Bu sebeble bir hukuk mahkemesinin ceza hükmü ve bir ceza mahkemesinin hukuk kararı, bir yargılamanın dışında gerçekleşir ve yukarıda I de geliştirilen temel esaslara göre etkisiz olurlar¹⁵⁰.

Ceza mahkemeleri elbette bazı medeni hukuka ilişkin hukuki uyumsuzluklarda hüküm verebilirler¹⁵¹. Mevcut düzenlemeler ceza mahkemelerine yargı anlamında öncelikle hükmetme yetkisini vermiyorlar, daha çok sadece bir davayı açabilmelerini mümkün kılıyorlar. Mahkeme yapılan isabetli bir başvuruya¹⁵² harekete geçiriliyorsa, o zaman çıkacak hüküm de etkili olur. Ceza mahkemesi, bir başvurudaki yetersizlikten dolayı hukuki himaye talebi anlamında bir dilekçe olmaması nedeniyle bir katılma yolu

¹⁴⁵ Jauernig, s.172, dn.111: Çekişmeli yargının sınırlarını aşan, çekişmesiz yargıya mensup bir mahkemenin kararlarının etkisiz olup olmadığı ile ilgili konu burada ele alınmamaktadır. Bu çalışmada sadece hatalı kararlar ele alınmaktadır. Çekişmesiz yargının mahkemeleri hüküm verme yetkisine sahip değildirler. Bu nedenle çekişmesiz yargı mahkemelerinin kararlar her zaman yok hükmüdür. Karş: Lent, FG, s.52

¹⁴⁶ Lent, Zivilprozeßrecht, s.160; Sauer, Grundlagen, s. 450 vd.; Jauernig, s.173, dn.112'de anılan (Rosenberg, §12 II 1, § 73 IV 2 a; Schönke/ Schöder/ Niese, § 70 III 2a)

¹⁴⁷ Jauernig, s.173

¹⁴⁸ Jauernig, s. 173, dn.113'de anılan (Sarstedt, JR 55,352 vd.) Karş: RGS t 18, 116 vd.

¹⁴⁹ Jauernig, s.173; Hein, s.358

¹⁵⁰ Jauernig, s.173

¹⁵¹ Jauernig, s.173; Karş: StPO § 403 vd.

¹⁵² Jauernig, s.173, dn.116: Hukuki himaye talebi bağlamında.

ile yargılama(Anschlußverfahren) açılmamış olduğu halde, kendisini mutlak selahiyetli görerek, davalının StPO § 406 gereği mağdura 1000 DM ödemesine hükmederse, bu hüküm yukarıda ortaya konulan temel esaslardan dolayı etkisiz olur¹⁵³.Zira talep olmadan 1000 DM ödemeye mahkum ediliyor.

Rosenberg/Schwab/Gottwald'e¹⁵⁴ göre,yargı yolunun yalnız olması halinde verilen hüküm etkisiz değildir.Örneğin, hukuk hakiminin verdiği ceza kararı da etkilidir.Çünkü,Anayasa yeknesak bir yargıdan söz etmektedir(GG Art. 92)¹⁵⁵.

D.Tarafın Bulunmaması

Eğer bir hüküm, taraflardan birinin bulunmaması¹⁵⁶ veya artık¹⁵⁷ mevcut olmamasına rağmen¹⁵⁸ ortaya çıkıyorsa, bu hüküm etkisizdir¹⁵⁹. Çünkü bu hüküm hiçbir suretle karara atfedilecek etkilerle ortaya çıkmaz. Bu bilhassa iki taraflı yargılamanın şekillendirilmesi için düzenlenmiş, maddi anlamda kesin hüküm,inşai etki ve icra etkisini de içeren bütün hüküm etkileri için geçerlidir¹⁶⁰.

Bu tür hükümler için söylenen “uğraşlar boşa çıktı”¹⁶¹ veya “gerçekten uygulanabilir değil”¹⁶² nevinden alışılmış nitelendirmeler de konuyu güzel tasvir etse de,hukuki değildir.Gerçi bu tanımlamalarla hükümlerin fiilen etkisizliği dile getirilmek istenmekte,fakat bu yapılırken de hukuki nitelikleri gözardı edilmektedir¹⁶³.

¹⁵³ Jauernig, s.173,dn.117: Söz konusu olan etkisi azalmış olan bir karardır.Kararın cezai kısmı,eğer bu kısmı etkileyen eksiklikler mevcut değil ise,geçerlidir.

¹⁵⁴ § 62 IV 2; Aynı yönde:Jauernig, s.172 vd.

¹⁵⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald,§ 62 IV 2; Jauernig, s.169 vd.

¹⁵⁶ Jauernig, s.173,dn.118: Eğer bir taraf sadece meydana çıkmıyorsa,bulunamıyorsa bu taraf ne karar ne de hüküm için mevcut değildir.

¹⁵⁷ Jauernig, s.174,dn.119:Dava ikamesi sırasında bir taraf ortadan kalkarsa, çoğu zaman var olan bir kişiye karşı transmisyon(Transmission) gerçekleşir.Aynı yönde:Nußbaum,s. 17; Karş: Hellwig,Zivilprozeßrecht,II,s.300 vd.; Goldschmidt, Prozeß,N. 2677

¹⁵⁸ Tarafın mevcut olmaması kavramı için bkz: Kale, s.57

¹⁵⁹ Jauernig, s.174;Lent,Zivilprozeßrecht,s.160;Nikisch,§28 IV 3;Wach, RheinZ 3, 403 vd.;

Jauernig,s.174,dn.120'de anılan(Schönke/Schröder/Niese,§ 23 V,70 III 2a;Stein/Jonas/Schönke/Pohle,Bem.I.2b vor §578); RGZ 155, 42 (49);Üstündağ, s.813;Yok hüküm olarak kabul edenler:Nußbaum ,s.17; Sauer,Grundlagen, s.443 vd.; Wurzer, s.139-141

¹⁶⁰ Jauernig, s.174

¹⁶¹ Hein, s.347; Jauernig, s.174

¹⁶² Hellwig, System,I,§ 174 N.18;§ 67 IV 2; Jauernig, s.174

¹⁶³ Jauernig, s.174

Az önce yukarıda değinilen hükümden şu durumu ayırmak gerekir: Bir hüküm taraf ehliyeti olmayan bir yapı için veya ona karşı mı oluşmuştur? Yani örneğin tüzel kişiliği olmayan bir derneğin davacı olarak esasa ilişkin bir karar için mücadele etmesi.

Bu tür hükümler eskiden daima etkisiz olarak görülmüştür¹⁶⁴. Bu teoriyi ilk önce Hein¹⁶⁵ bozmuş ispatını da şöyle ortaya koymuştur: Taraf ehliyeti... nihai kararın kesin hüküm halini alması ile devletin bütün organları tarafından dikkate alınması gereken bir gerçeğe dönüşür¹⁶⁶. Mahkeme taraf ehliyeti olmayan dava katılımcısını, bu bir şahıslar topluluğu veya tüzel kişiliğe sahip olmayan bir organizasyon olabilir, zımnen ya da açıkça taraf ehliyetine sahip biri olarak kabul ettiyse, o zaman bu dava katılımcısının taraf ehliyeti kesin hüküm ile bağlayıcı olacak şekilde sabit olmaktadır¹⁶⁷. Zira kanun, bir katılımcının taraf ehliyetine sahip olup olmadığına ilişkin soruya, kanunun bağlayıcı uygulaması hakim in elinde bulunacak şekilde cevap vermektedir¹⁶⁸.

Taraf ehliyeti ile ilgili bağlayıcı bir saptama için, ayrıca “kendinden” taraf ehliyeti olmayarak oluşturulan bir icrayı göz önünde bulundurmaya pratik ihtiyaç vardır. Eğer karar taraf ehliyetini bağlayıcı olarak ifade etmezse; bu konu cebri icra prosedüründe (yeniden) tartışılmak ve karara bağlanmak zorunda kalacaktır¹⁶⁹.

Alman Hukukunda bir görüşe¹⁷⁰ göre, taraf ehliyeti eksikliğine rağmen kesin hüküm etkisini haiz karar, etkisiz karar niteliğindedir.

Rosenberg/Schwab/Gottwald¹⁷¹, mevcut olmayan bir tarafa açılan dava veya sonradan mevcut olmayan veya tespit edilemeyen tarafa açılan dava sonucunda verilen

¹⁶⁴ Jauernig, s.174, dn.124’de anılan (Oetker, s.50); v.Baligand, s.242; Nußbaum, s.17; Wach, RheinZ 3, 403 vd.,4, 530

¹⁶⁵ s. 344 vd.,Jauernig, s.174

¹⁶⁶ Hein, s.346; Jauernig, s.174

¹⁶⁷ Jauernig, s.174,dn.127’de anılan(Schönke/Schröder/ Niese, § 23 VII;Bumbach/ Lauterbach,§50, Bem. 4B; Stein/ Jonas/ Schönke,§ 50,Bem. VII 1;Stein/ Jonas/Schönke/ Pohle,Bem.I 2b vor §578) Hein, s.344 vd.; Hellwig, System,I,§174 III 4,§ 67 IV; Goldschmidt,Zivilprozeßrecht,N.2677; Nikisch,§ 29 III 3;Wurzer, s.139

¹⁶⁸ Jauernig, s.175

¹⁶⁹ Jauernig, s.175;

¹⁷⁰ Kale, s.56,dn.65’de anılan(Shemmman,Till,Parteifähigkeit im Zivilprozess,München 2002,s.9)

¹⁷¹ § 62 IV 2

esasa ilişkin hükmün etkisiz olduğu görüşündedirler.Böyle bir karar icabında halefe kesin hüküm etkisi yaratabilir¹⁷².

Yargıtay¹⁷³ bir kararında, ölü hakkında hüküm tesis edilmiş olmasının,verilen hükmün yok sayılmasını gerektireceğine hükmetmiştir.Burada kastedilenin yok hüküm değil, etkisiz hüküm olması gerektiği kanaatindeyiz.

E. Mevcut Olmayan Bir Hukuki İlişkinin Karara Bağlanması

Eğer karar var olmayan veya hüküm kesinleştiğinde artık mevcut olmayan bir hukuki ilişkiyi inşa ederse, bu karar etkisizdir¹⁷⁴. Boşanmanın gerçekleştiği bir evlilik tekrar bozulamaz, bozulan bir karar mahkeme kararı ile tekrardan bozulamaz. Kararda buna göre kanunlara göre bulunması gereken inşai tesir eksiktir. Yani karar hiçbir şey “inşa” etmezse kararın inşai dava hakkı ile ilgili vermiş olduğu tespit kesinlik kazanmaz¹⁷⁵.

İnşai hükmün geçerli olmasında şu husus bir şart teşkil etmez: Davacı tarafından öne sürülen inşai hak şeklindeki maddi hak veya inşa ile ilgili yargılama hakkının (dava hakkı) var olup olmadığı ve şekli olarak kesinleşene kadar mevcut olması aranmaz. Örneğin bir boşanma kararı gerçekleşirse, ve bu kararın kesinleşmeden önce maddi veya usuli inşai hakkı yok olursa, yine de evlilik kararın kesinleşmesi ile bozulmuş sayılır¹⁷⁶.

Özellikle Seckel¹⁷⁷ tarafından savunulan “ çift unsur teorisi” farklı bir sonuca varmaktadır, çünkü özel bir hakkın(inşai hakkın) varlığını ve devamlılığını hükmün geçerliliği koşuluna bağlamaktadır.

İnşai hak ve uygulanması, özel hukuka göre inşai hükmü- özel hukuka göre incelendiğinde- sadece “tamamlayıcı” olan unsurları sunmalıdır¹⁷⁸. Taraf tasarrufu ve

¹⁷² Rosenberg/Schwab/Gottwald,§ 62 IV 2; Hein, Wirkungslose Urteil, s.108

¹⁷³ HGK,22.4.1996,Yasa HD 179 ,s.1677,Üstündağ, s.813

¹⁷⁴ Jauernig,s.175,dn.129’da anılan(Rosenberg,§ 87 I 2; Stein/Jonas/Schönke/ Pohle,§ Bem, I 2 vor§ 578); Wach,RheinZ 4,528 vd.;Nikisch,§ 102 III 2; Hellwig(System,I,§ 174 N.18),bu hükmü havaya atılan yumruk olarak , Seckel (s.143) ise suya atılan yumruk olarak nitelendirmektedir.Özekes, s.690

¹⁷⁵ Jauernig,s.175

¹⁷⁶ Jauernig, s.175

¹⁷⁷ S.239 vd. Özellikle s.243-250

hüküm hukuki başarıyı sağlamaya eşdeğer etki eden nedenlerdir¹⁷⁹. Böylece etkisiz inşai hükümler için (başlangıçta) yeterince kapsam mevcuttur¹⁸⁰.

Bu teori literatürde olarak çok az taraftar kazanmış, kazai içtihatlarda ise hiçbir taraftar kazanmamıştır¹⁸¹. Teori, özel bir inşai hakkı, hüküm olarak devlet işleminin geçerli olma koşulu olarak görmektedir ve böylece günümüzdeki yargılama ve hüküm ile ilgili görüşe göre tam karşıttır, bu nedenle taraftar kazanmaması haklı bir sebebe dayanmaktadır¹⁸²

İnşai hükmün etkisiz olmasının - hukuki ilişkinin var olmaması- sebebi belirli durumlarda geriye dönük olarak ortadan kaldırılabilir ve karardaki eksiklik düzeltilebilir. Buna örnek olarak daha önce bahsettiğimiz vaka ,bir evlilikte boşanma kararından sonra eşlerin tekrar boşanması durumudur. İkinci karar etkisizdir. Ancak, ilk karar yargılamanın yenilenmesi yolu ile¹⁸³ kaldırılırsa ve (ilk) boşanma kararı reddedilirse, o baştan itibaren geçerlilik kazanır. Böylece kaldırılan (ilk) karar hukuki anlamda hiçbir zaman var olmamıştır ve evlilik sona erdirilmemiştir. İkinci boşanma kararı verildiğinde bu nedenle “hukuki anlamda” var olan bir evliliği ele almaktadır ve kararın kesinleşmesi ile bu evlilik sonlandırılmıştır¹⁸⁴.

Bu durum daha öncede kısaca bahsedildiği gibi¹⁸⁵ bir hükmün (salt) etkisizliğinin geriye dönük olarak bozulabileceğini ispatlamaktadır. Bu etkisiz olan kararları batıl olarak tanımlamamak için diğer bir nedendir. Çünkü batıl bir hukuki işlem özellikle onarılması mümkün olmayan etkisizliğin söz konusu olması ile tanımlanır¹⁸⁶.

¹⁷⁸ Karş: Seckel, s.249 N.2

¹⁷⁹ Seckel, s.242;Jauernig, s.176

¹⁸⁰ Seckel, s.243; Jauernig, s.176

¹⁸¹ Jauernig, s.176; Hellwig, System,I,§228 III 2d; Michel, s.26,60; Nußbaum,s.56 vd.;Wurzer,s.218

¹⁸² Jauernig, s.176

¹⁸³ Jauernig, s.176;dn:139: İnşai hükümlere, özellikle boşanma hükümlerine karşı yargılamanın yenilenmesi davasının açılması mümkündür.

¹⁸⁴ Jauernig, s.176

¹⁸⁵ Yukarıda § 13 I 4

¹⁸⁶ Jauernig, s.177

F. Hükümün İmkansız Bir Edim Hakkında Verilmesi

Etkisiz kararların oluşturan son olay grubunda, öncelikle konu ile ilgili gerçekte imkansız bir edim içeren kararlar ele alınacaktır. Bu nedenle bundan sonra içeriği bakımından kanunları veya iyi niyeti ihlal eden kararları ele alalım¹⁸⁷.

Eğer davalı gerçekte imkansız bir edime ile mahkum edilirse veya mahkeme buna uygun bir edim yükümlülüğü tespit ederse kararın etkisiz olduğunu var saymak gerekir¹⁸⁸.

Bu soru dört yüzyılı aşkın bir süreden beri bir tarafta Wach¹⁸⁹ diğer tarafta O. Fischer¹⁹⁰ arasında büyük bir tartışmaya yol açmıştır ve Fischer günümüzde bu tartışmanın galibi olarak görülmektedir.

Gerçek imkansızlık (in concreto) somut olarak günümüzdeki genel görüşe göre¹⁹¹ kararı etkisiz kılmaz. § 283 BGB'den de bu sonuç çıkmaktadır; bu paragraf gerçekte imkansız bir edime dayalı bir kararın geçersizliğini önkoşul olarak görmektedir. Bu kanun hükmüne göre, kararın maddi anlamda kesin hüküm etkisi inkar edilemez. Bunun dışında artık var olmayan konular ile ilgili hükümler verilmesi her zaman karşı karşıya kalınan bir durumdur ve hiç kimse bu tür kararların hukuki geçerliliğini sorgulamamaktadır ki iade mecburiyeti ve temelleri sorgulanabilsin¹⁹². İmparatorluk mahkemesi de bu görüştedir¹⁹³.

Bir kararın imkansızlığı nedeniyle icra edilememesi farklı bir konudur. İcra etkisinin var olmayışı nedeniyle kararın etkisi azaltılmıştır ancak etkisiz değildir¹⁹⁴. Stein- Jonas Schönke- Pohle¹⁹⁵ kararı (kısmen!) etkisiz olarak görmektedirler.

¹⁸⁷ Jauernig, s.177

¹⁸⁸ Jauernig, s.177; Kormann, s. 236,237:Hükümü yok hüküm olarak görmektedir.Haklı olarak aksi görüş: Wurzer, s.171

¹⁸⁹ RheinZ 3, 405 vd.; 4, 519 vd.; 6, 366 vd.

¹⁹⁰ Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund...,zwei Beiträge,1912/13

¹⁹¹ Jauernig, s.177; Fischer,2. Beitrag, s. 29 vd.;Nikisch,§ 102 III 2;Sauer, Grundlagen, s.427 vd.;Titze,s. 30,146;Wurzer, s.169; Hein, s.347

¹⁹² Fischer,1.Beitrag,s.45; Wach,RheinZ 4, 523

¹⁹³ Kararlar için bkz: Fischer,2.Beitrag,s. 8-11

¹⁹⁴ Jauernig, s.178;Fischer, 2.Beitrag, s.3

¹⁹⁵ Jauernig, s.178,dn.150'de anılan (Stein/Jonas/Schönke/Pohle, Bem. I 2 vor §578);Aynı yönde:Üstündağ,s.815

Eğer bir kararın içeriği yasa veya iyi niyeti ihlal ediyorsa bu karar genel görüşe göre etkisiz sayılmaktadır¹⁹⁶. Ancak, kararın verilmesi aşamasında her yasa ve iyi niyetin suistimali kararın geçersizliğine yol açar denilemez. Örneğin mahkeme taraflar arasında yapılan satış sözleşmesinin kanuna aykırı olduğunu fark etmez ise (§ 134 BGB) davacıyı bu nedenle haksız olarak satış tutarının iadesi ile cezalandırırsa bu karar tabii ki kanuna aykırıdır. Kararın kesinleşen içeriği yasaya aykırılığa dayanmaktadır. Ancak bu kararın bütün etkilerini kaldırmak için yeterli değildir. Bunun kanıtı §§ 549 ff. ZPO’da bulunan hükümlerdir. Buna göre temyiz ancak “ nedensel yasaya aykırılık”¹⁹⁷ (kausalen Gesetzesverletzung) ile açıklanabilir. Başarılı bir temyiz ön koşulu genelde hükmün bu eksikliğidir. Bunun dışında kararı ipso iure (kanundan ötürü) etkisiz kılsa sadece etkisiz bir karar temyize götürülebilir- mantıksız bir sonuç!- kanun veya iyi niyetin ihlal edilmesi bir kararın etkisini etkilemez, eğer karar sadece bu eksikliğe “dayalı” ise¹⁹⁸.

Ancak bir karar eğer “özünde” yani kesinleşmiş hükümde kanun veya iyi niyeti ihlal ediyorsa, bu eksiklik kararın tamamen etkisizliğine yol açabilir. Şimdi vereceğimiz örneğin gösterdiği gibi bu tabii ki bir zorunluluk değildir. Temmuz 1939’da davalı elli kilogram kahve çekirdeği sevkiyatına mahkum edilmiştir. Kasımda davacı hükmü icra etmek istemiştir. İcra memuru talebi haklı olarak icradan kaçınmıştır, çünkü gıda mallarının ticaretinin yürürlüğe girmesi ile kararın kesin hükmü kanuni bir yasağa aykırı gelmiştir. Bu nedenle hükmün icrası ortadan kalkmıştır. Kararın tamamen etkisiz olmadığı ve maddi anlamda kesin hükmünün devam ettiği bir gerekçeye muhtaç değildir. Zorunlu işletme ortadan kalktığında sonradan icra ikmal edilebilirdi; hükmün eksikliği “onarılmıştı”¹⁹⁹.

Bir hükmün tamamen etkisizleşmesi şu durumda sözkonusu olmaktadır: Mahkeme yürürlükteki kanuna yabancı,aykırı bir hukuki sonuca hükmederse veya düzenleme yaparsa söz konusu olmaktadır. Eğer karar bir vakanın var olmayışını tespit ederse veya alacaklının merhundan istifade hakkı olan gayri menkul rehin hakkı ile

¹⁹⁶ Jauernig, s.178; Wach, RheinZ 3, 403; 4, 528-530; Lent,Zivilprozeßrecht,s.160; Hein, s.363-370; v.Baligand,s.240

¹⁹⁷ Karş: Jauernig, s.178, dn.152’de anılan (Stein/Jonas/Schönke/ Pohle,§ 549, Bem.I)

¹⁹⁸ Jauernig, s.178

¹⁹⁹ Jauernig, s.178-179

cezalandırılırsa bu “contra ius thesi Clarum” kanun hükmüne açık aykırı kararın hiçbir etkiye sahip olmadığı görülebilir²⁰⁰. Bu konuyu aşağıda ele acağız

Mahkeme mer’i hukuka aykırı, yabancı, mer’i hukukta tanınmayan bir hukuki sonuca hükmeder veya düzenleme yaparsa oluşacak hükmün etkisizliği- eğer öyleyse- hakimnin faaliyetinin ancak var olan hukuk sınırları içinde olması zorunluluğu ile açıklanabilir. Ya da mahkemeler içeriği bakımından var olan kanun dışında bu kararlara bağlı olsaydı hukuk güvenliği ciddi biçimde zarar görürdü²⁰¹.

Hukuka aykırı hükmün “asıl sorunu” bu açıklamada ele alınmamaktadır. Mer’i hukuka göre bir hukuki sonucun tanınmadığını hangi koşullarda ve bunu bağlayıcı olarak kim tespit etmektedir? Bu sorulara kesin bir cevap yerine sürekli yukarıda bahsedilen veya yukarıdakilere benzer örnekler verilmektedir. Genel olarak geçerli, bağlayıcı ve pratik kullanılabilir bir kural açıkça ortaya konulamamaktadır²⁰².

Hukuka aykırı kararların etkisiz olması iddiası, hukuk düzeni veya kanunların içerisinde tam ve sonlandırılmış hukuki sonuçlardan bir katalog oluşturduğunu ve bunun hakim tarafından geliştirilemeyeceğini; çünkü hakimnin sadece hukuku uygulayabilme yetkisi olduğu, fakat hukuku yaratamayacağı fikrinin kabulü üzerine oturmaktadır. Bununla hukuka aykırı karar açısından bakıldığında hakim ve kanun arasındaki ilişki nedir sorusu ortaya çıkmaktadır-bu sorun çalışmamız esnasında birçok farklı şekilde de önümüze çıkmıştır. Peki mahkeme tarafından kanunların “kullanımında” durum nasıldır?²⁰³

Bu iki basamakta oluşur. Birincisi altlama (Subsumtion) ile, uygulanacak kanunların saptanmasını ve içerik bakımından araştırmaların yapılmasını öngörür. Yani öncelikle mahkeme uygulanabilir bir hukuki normun var olup olmadığını saptamaktadır; eğer var ise hangi içerikte buna uygun olduğu saptanmalıdır. Sadece bundan sonra bu norm somut vakaya uygulanabilir. Bizim sorunumuzda bunu incelersek, hangi hukuki sonuçların mer’i kanunlar tarafından tanındığını, bilindiğini

²⁰⁰ Jauernig, s.179

²⁰¹ Jauernig, s.180

²⁰² Jauernig, s.180; Sauer, Grundlagen, s.471-475 Yazar genel geçerli bir kural vermeyi denemiştir. Bu kuralda aslında bir hükmün hukukten dayanılmaz olup olmadığının değerlendirilip tespit edilmesini içermektedir. Ancak bu tespitin kim tarafından yapılacağı, yani hakimnin hakiminin kim olduğu Sauer tarafından da soruşturulmamaktadır. Oysa ki asıl sorun buradan kaynaklanmaktadır.

²⁰³ Jauernig, s.180

hakim araştırmalıdır. Hakim kararında, davacı tarafından talep edilen hukuki sonucun hukuk düzeni tarafından tanınıp tanınmadığı hakkında karar vermektedir²⁰⁴.

Bu karara ulaşmada izlenen yol üzerinde hataların ve hatalı müdahalelerin olabileceğı tabii ki kaçınılmazdır. Fakat bunlar kararı etkisiz hale getirmek için yeterli, değildir. Burada hakimin davadaki hukuki faaliyeti ve sözleşme imzalayan özel kişiler arasındaki hukuki faaliyet arasındaki fark görölmektedir²⁰⁵.

Hukuki işlem yolu ile borçlandırılması alacaklının merhundan istifade hakkı olan gayrı menkul rehin hakkı istemesi kesinlikle tarafların eşya hukukunda yeni bir ayni hak oluşturmayaacağı nedeniyle etkisizdir (§ 306 BGB'ye göre batıl). Bu özel hukuk işlemleri ile ilgili etkisiz olma sebebi bir karara aktarılmış olsa, “devlet tarafından” davalıya alacaklının merhundan istifade hakkı olan gayrı menkul rehin hakkı bir devlet işleminin ve özel hukuk işleminin kusurlu olduğı aynı kriterlere göre değerlendirilir²⁰⁶. Aynı kriterlere göre değerlendirmeden, hukuka aykırı karar teorisi ortaya çıkmıştır. Fakat bu teori hakimin-hukuki sürece katılan özel kişilere karşın-uygulanabilen hukukun sınırlarını ve içeriğini bağlayıcı olarak saptayabileceğı gücü olduğunu göz ardı eder. Bu teoriye göre “her hakim tarafından oluşturulan norm uygulaması veya yorumlaması anayasal kuvvetler ayrılığı sınırlarının ihlali ve buna bağılı olarak etkisiz olması sonucunu doğurur²⁰⁷. Mahkemenin hukuk oluşturmadağı, sadece kanuna göre hukukun ne olduğunu saptadığı şeklindeki iddianın²⁰⁸ kanuna bakıldığında savunulacak bir tarafı yoktur. Çünkü kanun hakime “hukuku geliştirme”²⁰⁹ görevi vermektedir, fakat eğer sadece hakim kanunlara göre hukukun ne olduğunu saptıyorsa, hukukun hakim tarafından geliştirilmesi nasıl gerçekleşebilir?²¹⁰

Hukuka aykırı karar teorisi bu çelişki içerisinde boğulmuştur. Buna Esser²¹¹ başka bir bağlamda olsa bile değinmiştir. Çelişki dolu olan teori, hakim sadece kanunu uygulamalı fakat bununla birlikte geliştirilmeli, bu geliştirmeler yasanın bir parçasıdır çünkü sadece hakim hukukunun “inandırıcı” bir gücü vardır. Kanunun içeriğı ile ilgili

²⁰⁴ Jauernig, s.180

²⁰⁵ Jauernig, s.181;Karş: Wurzer, s.23

²⁰⁶ Jauernig, s.181

²⁰⁷ Jauernig, s.181;Esser, s.242

²⁰⁸ RGZ 94, 271(276)

²⁰⁹ Karş: § 137 GVG; BGHZ 3,308 (315 vd.)

²¹⁰ Jauernig, s.181

²¹¹ Grunsatz und Norm, s.242 vd.; 283 vd.

dar bir görüşün bulunması ve gerçekte sadece normun kurucu bir kararla algılanabilir tabiata sahip olabileceği görüşü sakattır. Şimdi yeni olarak her yerde karşılaşılan düzenleme, yargılama dahi bir hukuk kaynağıdır görüşü saçma hatalı ve kısır kalmaktadır. Burada kanuna bağlı veya bağlı olmayan hukuk kaynakları arasında bir fark yoktur, hukuku bulmak ve inşa etmek, kurmak arasında bir fark yoktur. **Aksine olaylar hakkındaki kararlar için metni anlama ve temel düşünce arasında zorunlu bir etkileşim bulunmaktadır, halihazırda bilineni ve yeniyi yeniden yasaya entegre etme: tarihi bir olgu olarak değil; bilakis mer'i hukuk külliyyatının bugün için bağlayıcı hukuk normu olarak oluşmaktadır²¹².**

Bu noktadan bakıldığında hukuka aykırı karar teorisinin içerisinde bir çelişki vardır; kendisi hukuka aykırıdır. Bunu kesin olarak mahkeme uygulamalarındaki olaylarda görmekteyiz²¹³.

Rosenberg²¹⁴ bahsedildiği gibi, bir olayın var olduğunu saptayan kararı etkisiz görür (§ 256 ZPO). Bir olgunun bir vaka veya bir hukuki ilişki olarak algılanıp algılanmayacağı fevkalade şüpheli olabilir. Buna göre bilindiği gibi İngiliz Bölgesi Yüksek Mahkemesi²¹⁵ bir evlilik dışı çocuğun kan bağının bulunması durumunu bir vaka olarak görmüştür. Federal mahkeme²¹⁶ ise İmparatorluk mahkemesinin²¹⁷ son zamanda verdiği karara göre hiçbir şüphe olmaksızın! bir hukuki ilişki olarak görmektedir. Eğer -bana göre uygun olmayan-yüksek mahkemenin görüşü doğru bulunsaydı federal mahkemenin verdiği kararlarda vaka konu olarak alınırdı ve böylelikle hukuka aykırı ve etkisiz olurdu. Bu düşüncenin sürdürülemez olduğunun bir ispata ihtiyacı yoktur. Fakat gerçek bir ortaklık(faktischen Gesellschaft) varlığını bir vaka yada bir “hukuki ilişki” olarak § 256 ZPO’ya göre algılanması konusu tartışmalıdır. Berlin asliye mahkemesi burada saptanması mümkün olmayan bir vaka görmüştür. İstinaf mahkemesi olarak yüksek eyalet mahkemesi buna karşı saptanabilir bir hukuki ilişki kabul etmiştir²¹⁸.

²¹² Esser, s.283; Jauernig, s.182

²¹³ Jauernig, s.182

²¹⁴ Jauernig, s.182, dn.170’de anılan(Rosenberg, § 73 IV 2 b)

²¹⁵ Jauernig, s.182; OGHZ 2,123 (127,134)

²¹⁶ Jauernig, s.182; BGHZ 5,385 (388-396); 17, 252 (260,262)

²¹⁷ Jauernig, s.182;RGZ 149, 58 (60); 160, 293(294)

²¹⁸ Jauernig, s.183; NJW 55, 1286(1287)

Gerçek bir ortaklığın varlığının kanunlara göre bir vaka olması nedeniyle, bir karar hukuka aykırı olması nedeniyle etkisiz mi olmalıdır? Fakat (yazılı!) hukuk düzeni nerede bir kelimeyle de olsa gerçek ortaklıktan bahsetmiştir? Bu örneklere istinaden bir hukuki ilişkinin var olup olmadığına dair sadece mahkemenin karar verebileceği ile ilgili bir şüphe yoktur. Eğer burada mahkeme bir yanılığa düşerse, bundan kararın etkisizliği doğmaz²¹⁹.

Davalı geçerli yasaca (sözde) bilinmeyen edaya mahkum edildiğinde de farklı bir durum söz konusu değildir. Bu durumda da mahkeme hangi hukuki sonucun mahkemece tanındığı kararını verir. Hukukun geliştirilebilme olanağı tam da buna bağlıdır. Burada yargı tarafından geliştirilen mülkiyet hakkı beklentisi (Eigentumsanwartschaft) ve teminat vermek üzere temlik kurumları hatırlatılmalıdır- hukukun yaratılması ile geliştirilmiş hukuki netice ile ilgili iki anlamlı örnek. Mülkiyet hakkı beklentisi bazılarına göre eşya hukukunun kısmen ihlali, aynı sebeplere bağlı olarak teminat mülkiyeti(Sicherungseigentum) kanuna aykırı (contra legem) oluşturulan zilyetliği olmayan rehin hakkı olarak anılır. Bununla ilgili verilen kararlar hiçbir zaman yargılamanın başında bile (bugün var olan) ve hukuka aykırılık konusu göz önünde bulundurularak da bir şüphe doğurmamıştır²²⁰.

Eğer mer'i hukuk tarafından açıkça tanınmayan hukuki sonuçtan doğan bir karar var ise başka bir değerlendirme söz konusu olabilir. Örneğin bir alacaklının merhundan istifade hakkı olan gayri menkul rehin hakkını talep etme sorumluluğu gibi²²¹.

Örnek ne kadar dikkat çekici olursa, hukuka aykırılık daha net olmaktadır.Literatürdeki örneklere itibar edilseydi mahkemedeki uygulamalarda homoseksüellik, darp cezası, savaş ilanı ve benzerleri yığılırdı. Buna benzer örnekleri bir kelimeyle Hellwig²²² şöyle açıklamıştır:Çok fazla ve bu nedenle hiçbir şey. Bu gezintiden spekülasyonlara ve davanın gerçekliğine geri dönersek bu şekilde yapılan kararlar zor bulunmaktadır²²³ Bunu Baumbach-Lauterbach'da²²⁴ da belirtilen

²¹⁹ Jauernig, s.183

²²⁰ Jauernig, s.183

²²¹ Jauernig, s.184

²²² System; I,§ 174 N.19

²²³ Jauernig, s.184

²²⁴ Jauernig, s.184,dn.179'da anılan(Üb.§ 300 ,Bem 3D c)

imparatorluk mahkemesinin²²⁵ verdiği kararlar onaylamaktadır. Şerh yazarlarının görüşlerine göre, hukuk düzeninin tanımadığı hiçbir örnek göstermediğini buna karşılık kanunen kabule şayan olmayan hukuki sonuçları içeren örnekleri gösterdiğini düşünmektedirler. Fakat Baumbach-Lauterbach tarafından oluşturulan olay grupları²²⁶ arasında somut bir fark bulunmamaktadır. Bunu İmparatorluk mahkemesinin 11 Haziran 1941’de (RGZ 167, 193 ff.) verilen kararına bir bakış göstermektedir. Yüksek mahkeme burada alman mahkemelerin yabancı evli kişiler ile ilgili var olan eşlerin yatak ve masa ayrılmasını tanıyabilme sorusunu denetlemektedir. İmparatorluk mahkemesi bunu onaylamaz, çünkü bu hukuki düzenleme alman hukuku tarafından tanınmamaktadır²²⁷. Fakat bu geçerli yasaya neden aykırıdır? Burada bu karar önemlidir. Almanya’da bulunan yabancılar ile ilgili yatak ve masa ayrılmasını tanıyabilmek 6 Şubat 1875’te çıkartılan kişisel durum yasasının yürürlüğe girmesinden sonra bu yasada belirtilen § 77’deki düzenlemeler nedeniyle sabit olan imparatorluk mahkemesinin yargısıdır (sayfa 195) Alman mahkemeleri imparatorluk mahkemesine istisnasız uymuşlardır. Yani on yıllardır sabit bir mahkeme düzenlemesi kullanılmaktadır ve bunun dışına çıkmak(!) sadece çok zorunlu ve ikna edici sebepler ile olmaktadır (sayfa 196).

“On yıllardan beri Almanya’da bulunan yabancıları da içeren sabit olan mahkeme usulu ve artık dile getirilmeyen yatak ve masa ayrılması Alman mahkemeleri için günümüzde (1941!) bünyeye aykırı bir faaliyet isnat etme anlamına gelir”. (s.197 vd.) Literatürde kısmen savunulan bundan sapan bir görüş ikna edici değildir (s.198). “Buna göre Alman mahkemelerinin yabancı uyruklu evli insanlara karşı yatak ve masa ayrılması hakkındaki kararlarının tanınmaması gerekir.” (s. 199)²²⁸

Eğer mahkeme imparatorluk mahkemesi tarafından geliştirilen ifadeye daha iyi veya daha kötü görüş nedeniyle bağlı kalmaz ise ve kendi karşıt görüşünü oluşturursa- “kanunen kabule şayan olmayan” bir hukuki sonuçtan söz ettiği için karar etkisiz olmalı mıdır? Mahkeme verdiği karar ile bu hukuki sonucun kanunen kabule şayan olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, kararlarında uygulanacak kanun ile ilgili karar verme

²²⁵ RGZ 144,233vd.; 167, 193 vd.

²²⁶ Jauernig, s.184, dn.181’de anılan(Baumbach/ Lauterbach, Üb. § 300,Bem.3 C b)

²²⁷ RGZ 167, 193(197); Jauernig, s.184

²²⁸ Jauernig, s.185;Riezler,Beiträge,s.203:Alman mahkemelerinin masa ve yatağın ayrılması veya evlilik birliğinin bozulmasını tanıma ile ilgili madde itibariyle yetkisi yani görevi yoktur.Yabancılar karşı,uluslararası kanunlar ihtilafı kurallarına göre değerlendirme yabancı hukuka göre yapılacaksa bile.

yetkisine sahiptir ve yükümlüdür. Hukuka aykırı bir hükme imkan tanıyanlar bunu inkar etmiş olurlar²²⁹.

Bu görüş Baumbach-Lauterbach tarafından ortaya konulan imparatorluk mahkemesinin ikinci kararı²³⁰ ile onaylanır. Karar tescil olunan bir markanın kısmi silinmesinin kabule şayanlığı ile ilgilidir. İstinaf mahkemesi bunu onaylamıştır. İmparatorluk mahkemesi bu görüşte bulunan marka kanununun varlığı ve anlamı ile ilgili temel bir yanlışlığın mevcut olduğunu tespit etmiştir. Kısmi silinme ile tescil yeteneği genel sembolün tescili mümkün olmadığı için tescili mümkün olmayan tamamen yeni bir sembol oluşturulmuştur. Kısmi silinme İmparatorluk Patent Enstitüsü tarafından haklı olarak reddedilir ve imparatorluk mahkemesini tanıyan senato müstakar içtihadında bile tescil olunan bir markanın kısmi silinmesinin kabule şayan olmadığını ilan etmiştir. Buna göre istinaf mahkemesi, davalıyı kısmi silinme ile mahkum ettiğinden geçersiz olan bir hüküm vermiştir. İmparatorluk Patent Enstitüsü, davalının onayı olsa bile bu tür bir kısmi silinme uygulama durumunda olmadığı için, bu hükmün pratik anlamı da yoktur²³¹.

İmparatorluk Mahkemesi bu durumda hükmü neden geçersiz olarak görmektedir? Bunun sebebi hukuka aykırı bir hüküm verme yasağı değildir, aksine bir markanın geçerliliği ve tescili ile ilgili yasal düzenlemelerin emredici nitelikte olması ve kamu yararına yönelik olması ve bu nedenle katılımcıların (yani taraflar !) tasarruf hakkına sahip olmamalarıdır²³².

Burada imparatorluk mahkemesinin daha öncede farklı bir bağlamda ifade etmiş olduğu bir düşünce ortaya çıkar. Eğer davalı kendisine karşı ileri sürülen talebi tanır ise, (§307 ZPO) “mahkeme denetlemelidir, şöyleki davalının tanımış olduğu şekilde tarafların isteği hukuki sonucu doğurma yetkisine sahip olup olmadığı da denetlenmelidir”. Yani eğer maddi hukuk ilişkisi dava taraflarının iradeleri ile etki edebilecekleri konulardan değil ise, mahkeme kabul üzerine hüküm vermeyi reddetmelidir²³³.

²²⁹ Jauernig, s.185

²³⁰ RGZ 144, 233 vd.; Jauernig, s.185

²³¹ RGZ 144, 235; Jauernig, s.185

²³² Jauernig, s.186

²³³ RGZ 156, 70 (75); Jauernig, s.186

Eğer tarafların tasarruf hakkı bu anlamda eksik olsa veya hiç olmasa da; bunun eksik olup olmadığına dair kararı her durumda sadece mahkeme verir. İmparatorluk Mahkemesi’de bahsedilen iki kararın da açıkça ortaya koyduğu gibi bu doğru görüşü benimsemiştir. Mahkeme fonksiyonu sayesinde ilk önce uygulanacak hukukun kapsam ve içeriğini araştırır. Hukukun tespiti- daha öncede söylendiği gibi- bir mahkemenin ilk ve en önemli görevidir. Bir hukuki düzenleme ile bir hukuki sonucun hakim tarafından saptanması şüpheli durumda bırakılırsa, bu görevi elinden alınmış olur. Hukuka aykırı hüküm teorisi, tabii ki açıkça hukuka aykırı kararlar, yargılamanın gerçekliğinden doğmayan kararlar ile alakalıdır. Burada “ şüpheli olmayan” hukuka aykırılık tamamen şüpheli bir durumdur; çünkü hukuk ile hukuk- dışı- olma arasındaki sınır dönüşebilen yasaların hukuki değerlendirmesine ait bir konudur. Bir devlet işleminin maddi doğruluğu....sorgulandığında, maddi bir eksiklik iddia edildiğinde bu sorunun cevabının genelde tamamen subjektif olduğu ve neredeyse hiçbir zaman nesnel bir kesinlikle verilmediği unutulmamalıdır. Şüpheli olunmamalıdır, ancak burada da şüpheli bir sorunun varlığını inkar etmemek gerekir: Gerçek nedir?²³⁴

Hatalı devlet işlemi sorununu teorik olarak ele aldığımızda, sorgulanan hatanın kesin olarak tespit edildiği veya edilebileceği koşulu temelde yanlıştır²³⁵. Hatalı olan durumu bağlayıcı bir şekilde kim tespit eder?: Birey, taraf, (devletin aksine) toplum , herkes. Kelsen²³⁶ bu soruya yaklaşık 45 yıl önce ikna edici cevabı vermiştir: Eğer devlete, hırsız cezalandırma hakkı verilirse, ona bir kişinin hırsız olup olmadığını otoriter olarak tespit etme hakkı da verilmelidir. Son kişi (hırsız) toplumun kişiden talep ettiği daha büyük bir kurban gibi görünmektedir. Tabii ki biri de kurban edilmelidir. Devlet otoritesinin varlığı, bireyin devletin altında olması, devletin zor kullanması uygulamada değil ve bekli de sadece bireyin isteğinin altında değil kararın da bireysel düşünce altında olduğu söylenebilir. Zira birey ve açık toplum hukuk düzeninin kanuni maddi unsurlarını tespit ettiği sürece ve gerçekleşen unsur vakıalarda soyut unsur vakıalarla uyduğu sürece son tahlilde birey devletin önündedir. İsabetli olarak Walter Jellinek, devlet organlarının tabiyetinde olan hakimin altında bulunan hakimin kendi hakimlerinin üstünde olduğunu söylemektedir²³⁷.

²³⁴ Jauernig, s.186

²³⁵ Jauernig,s.187,dn.186’da anılan (Kelsen,Grünhuts Z 40,92)

²³⁶ Jauernig, s.187,dn.187’de anılan (Kelsen,Grünhuts Z 40, 93)

²³⁷ Jauernig, s.187

Bu temel görüş üzerine genel olarak burada oluşturulan hatalı karar teorisi de dayanmaktadır. Bu soru ilk önce hakimın var olan bir karar üzerinde bağlayıcı bir şekilde karar verip veremeyeceği ve daha sonra da yargı bağışıklığı ve taraf ehliyetinin saptanması sorununda ve devamında bir davanın hala derdest olup olmadığında hakimın yetkisini saptamakta ve en son olarak da hakimın gücü hukuki düzenlemenin içeriği ve sınırlarını bağlayıcı olarak saptamakta ortaya çıkmıştır²³⁸.

Uygulanabilecek hukukun saptanmasında hatalar oluşabilir. Bunun nedeni ise kararın muhtemelen fiili sebeplerden icra edilememesi veya “her türlü pratik değerden, anlamdan” yoksun bırakılmasıdır. Fakat hiçbir zaman “hukuka aykırılık” açısından bir kararın bütün etkileri ortadan kaldırılamaz²³⁹.

H.Bir Kararın Etkisizliğinin Saptanması

Yok hükmün aksine etkisiz hüküm dereceyi sonlandırır²⁴⁰. Yok hüküm ile etkisiz ve etkisi azaltılmış hüküm arasındaki fark şudur: Etkisiz hüküm yargılama derecesini sonlandırır ve karar veren mahkeme hükmü ile ZPO§318 gereğince bağlıdır²⁴¹. Yani tamamen etkili hükümler gibi etkisiz hükümlerin de iptali gerekir. Buna karşılık yok hüküm gibi etkisiz hükümde de maddi anlamda kesin hüküm oluşmaz²⁴². Tartışmalı olan husus, şekli anlamda kesin hükmün ortaya çıkıp çıkmadığıdır. Ağırlıklı görüşe göre²⁴³, şekli anlamda kesin hüküm oluşur; azınlıkta kalan görüşe göre²⁴⁴ ise oluşmaz.

²³⁸ Jauernig, s.187

²³⁹ Jauernig, s.188

²⁴⁰ Lüke, s.440; Musielak/Musielak, § 300 Rdnr.7; MüKo/Braun, www.beck-online.beck.de, § 578, Rdnr.12; Rosenberg/Schwab/Gottwald, §62 IV 1

²⁴¹ Stein/Jonas/Grunsky, vor § 578 I 3; Özkes, 692; Üstündağ, s.814

²⁴² Lüke, s.440

²⁴³ Lüke, s.441; Stein /Jonas/Grunsky, vor §578 Rdnr.7; Zöllner/Vollkommer, vor § 300 Rdnr.19; Thomas/Putzo, Vorbem. § 300 Rdnr.19; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 62 IV 1; Jauernig, s.141 vd.; Musielak, § 300, Rdnr.7

²⁴⁴ Lüke/Zawar, JuS 1970, s.205, 212

Bir hükmün etkisizliğinin tespiti için dava açılması-bu dava usul hukuku ilişkisinin devam ettiğinin tespiti için açılır- bu tartışmalı hususa bağlı olmaması gerekir.Yani bir hükmün etkisizliğinin tespitine ilişkin davanın caiz olması,bu davayı usul hukuku ilişkisinin devam ettiğinin tespiti davası olarak kabul etmek , bu ihtilaflı sorunun cevabına bağlı olmaksızın olumlu cevaplanmalıdır²⁴⁵.

Lüke'ye göre²⁴⁶,tartışmalı olan husus tespit menfaatinin olup olmadığıdır.Gerçi burada yok hükmün aksine,yargılamanın devamına ilişkin bir talep mümkün değildir.Zira etkisiz hüküm dereceyi sonlandırmıştır ve ağırlıklı görüşe göre şekli anlamda kesin hüküm oluştuğu için,hüküm aleyhine kanun yoluna başvurmak da mümkün değildir.Gerçi yine de davalı ve davacı arasında maddi anlamda kesin hüküm oluşmadığı için, bu hukuki ihtilaf negatif menfi tespit davası ile yenilenebilir.Burada kapsamlı bir hukuki korunma imkanı olduğu için;usul hukuku ilişkisinin devamına yönelik tespit davası açılması,olağan olarak tespit menfaatinden yoksundur.

Hangi halde bir hükmün etkisini kaybetmiş olduğu tespit edilebilir?

Sauer'a²⁴⁷ göre bu eski yargılamada ortaya çıkabilir. Bir karar verildikten sonra derece sonlandırılmıştır ve bu nedenle eski derece sürecinde bir yargılamanın devamlılığı kesinlikle olamaz²⁴⁸. Şekli anlamda kesin hüküm oluşuncaya kadar kararın bilinen kanun yolları ile iptal imkanı vardır. Fakat yüksek bir mahkemenin verdiği karar bir kararın etkisizliğinin tespitine yol açmaz, bilakis onun kaldırılmasına yol açar. Bu nedenle etkili bir karar ile aralarında bir fark kalmamaktadır²⁴⁹.

Jauernig'e göre²⁵⁰,burada sorun olan şekli anlamda kesin hükmün etkisizliğinin nasıl saptanabileceğidir.

²⁴⁵ Lüke, s.441

²⁴⁶ S. 441

²⁴⁷ Grundlagen, s.502; Prozeßrechtslehre, s.220;Jauernig, s.188

²⁴⁸ Jauernig, s.188,dn.190:Sauer bunu yalnız değerlendirmektedir; Çünkü merciin sonlanmasını hükmün bir özelliği olarak değil,bir etkisi olarak görmektedir.Bunun sebebi,Sauer'in var olmayan hükümleri ve etkisiz hükümleri batıl hükümler kavramına ait olarak görmesi; böylece ikisi arasındaki farkı atlamasıdır.

²⁴⁹ Jauernig, s.188

²⁵⁰ S.188

Bugün oluşan baskın görüşe göre bunu bir tespit davası ile (§ 256 ZPO) çözmek mümkündür²⁵¹. Fakat bu dava geçerli değildir, çünkü tespit için gereken hukuki ilişki yoktur²⁵².

Eskiden beri söylenmektedir ki²⁵³; hüküm, hukuki bir ilişki değildir ve taraflar arasında hukuki bir ilişki ortaya çıkarmaz. Usul hukuku ilişkisi de burada tespit unsuru olarak görülmemelidir -bu yok hükümde farklıdır²⁵⁴-; çünkü usul hukuku ilişkisi etkisiz kararın şekli anlamda kesinleşmesi ile ortadan kalkmaktadır²⁵⁵.

Etkisizlik, sadece -dolaylı olarak-, taraflar eğer eski davayı aynı dilekçelerle tekrarlarsa veya-tersi-davalı olumsuz bir tespit davası açtığına saptanabilir. Burada da başvurulmuş mahkeme iddia edilen birinci kararın etkisizliğini kabul etmelidir. Eğer kabul ederse önce verilen kararın maddi anlamda kesin hükme uygun olmadığı saptanmış olur; ve bununla yeni (ve farklı) bir esasa yönelik karara giden yol açıktır²⁵⁶.

Mahkeme eğer daha önce verilen kararı geçerli olarak kabul ederse, böylece kesin hüküm yeni bir esasa ilişkin kararın verilmesini engeller²⁵⁷ ya da yeni davanın hukuki himaye ihtiyacını elinden alır²⁵⁸. Kararın geçerliliği ile ilgili ihtilafın yeni bir yargılama oluşturacağı gerekçesi ile hukuki himaye ihtiyacı tanınmaz²⁵⁹. Hukuki yararın eksikliği nedeniyle reddedilme aynı başarıyı sağlar; bu karar ilk verilen kararın geçerliliği nedeniyle ifade olunur ve bu tespit maddi anlamda kesin hüküm oluşturur²⁶⁰.

Bir kararın geçersizliğini tespit etmek için bahsedilen bu yol çok nadir kullanılır. Eğer var olmayan bir taraf için veya bir tarafa karşı bir karar verildiyse ikinci dava da geçerli bir esasa ilişkin karar elde edilemez, ikinci bir davanın oluşumu dışındaki soruya bakılmaksızın bu gelişir²⁶¹. Hüküm (artık) var olmayan bir hukuki

²⁵¹ Wach, RheinZ 3, 400 vd.; Nikisch, § 102 III 3; Pohle, Beiträge, s.170,177; Jauernig, s.188, dn.191'de anılan (Rosenberg, § 73 IV 1; Schönke/Schröder/ Niese, § 70 III 2b; Baumbach/Lauterbach, ÜB § 300, Bem. 3D)

²⁵² Götz, s.49; Jauernig, s.188

²⁵³ Bkz. Yukarıda § 9 III 1

²⁵⁴ Bkz. Yukarıda § 9 III 1

²⁵⁵ Jauernig, s.188

²⁵⁶ Jauernig, s.188

²⁵⁷ Bötticher, s.128 vd.; Lent, Zivilprozeßrecht, s.167; Jauernig, s.189, dn.196'da anılan (Rosenberg, § 148 II 3)

²⁵⁸ Jauernig, s.189, dn.197'de anılan (Stein/Jonas/ Schönke, § 322, Bem. VIII 5)

²⁵⁹ Götz, s.50; Jauernig, s.189

²⁶⁰ Jauernig, s.189

²⁶¹ Karş: Goldschmidt, Prozeß, N. 2677

ilişkiyi oluşturursa pek farklı bir durum söz konusu değildir. Burada da bir hükmün geçersizliği ikinci bir davada hangi sebeplerle ele alınabileceği olasılığı görülmemektedir. Hüküm eğer ülke dışında verildiyse bu hüküm olumsuz bir tespit davasına yol açabilir²⁶². Ama uygulamada kullanılabilirliği mümkün değildir, olanak dışıdır²⁶³.

²⁶² Jauernig, s.189; dn:200: Tespit davası olumlu da olabilir. Bir boşanma kararının etkisiz olduğu savunuluyor ve bu nedenle evliliğin devam ettiğinin tespit edilmesi talep edilebilir.

²⁶³ Jauernig, s.189

§ 15 ETKİSİ AZALTILMIŞ HÜKÜM

Bir eksiklik nedeniyle tüm etkilerinden yoksun olan kararları etkisiz kararlar olarak tanımlamıştık. Etkisiz kararlar olarak gösterilen gruba karmaşık, çelişkili hükümler alınmamıştı, oysaki özellikle bu kararlar etkisiz bir kararın örneğini oluşturmaktadır. Çelişkinin kararın tüm etkilerini yok edebileceği ifadesi buraya kadar doğrudur.¹ Eğer kararın hüküm fıkrası karmaşık bir ifade içeriyorsa- örneğin eş zamanlı mahkumiyet ve reddetme- ve onun yorumunda da açık ve kesin bir anlam ortaya çıkmaz ise, karar etkisizdir²

Bu karar ne icra edilebilir ne de kesin hüküm kabiliyetini haiz bir tespit içerir; kararın başka etkileri de görülmemektedir. Bu tür vakaların nadir görüldüğü ortadadır. Buna karşılık pratikte daha sık olarak kendi iç çelişmesi yüzünden sadece bir etkisi eksik olan kararlara rastlanır. Bir kararın icra edilebilirliği veya maddi anlamda kesinliğinin eksikliği bu duruma örnek gösterilebilir. Yani hükümlerde bulunan eksiklikler, somut vakanın koşullarına bağlı olarak, tamamen etkisiz oluşu veya sadece etkilerinin azaltılması ile sonuçlanabilir³. Kural olarak kararın etkisi sadece kısmen azalır. Çelişki gösteren kararlar durumu burada gösterilmeye çalışılan hatalı hükümler(mangelhafter Urteil) kategorisinde sayıca en büyük olan kısımdır.

Üstündağ⁴’a göre,hükmün konusunun imkansızlığı durumunda,bu hükümler tamamen etkisiz olmayıp,sadece icra etkisini doğurmayan ve bu nedenle de etkisi azaltılmış hükümlerdir.

“ Kısmi etkisizlik” mümkündür, çünkü farklı karar etkilerinin oluşması için aynı şekilde farklı koşulların da var olması gerekir⁵. Bununla ilgili aşağıda bazı örnekler verilmektedir.

Eğer hüküm dava konusu ile ilgili açık ve anlaşılır bir karar içermiyorsa bu hüküm maddi anlamda kesinlik kazanamaz. Örneğin davacı “ 1 Şubatta yapılan satış sözleşmesinden veya 1 Martta gerçekleştirilen ödünç sözleşmesinden” doğan bir ödeme

¹ Jauernig, s.189

² Jauernig,s.190

³ Jauernig, s.190;dn.4’te anılan Stein/Jonas/Schönke,§313 Bem. V

⁴ S.815;Aynı yönde:Özekes, s.693

⁵ Jauernig,s.190

hakkına sahip olduğu için davalı 1000 TL ödemeye mahkum edilirse, mahkemenin “kararı” açık değildir. Bu nedenle hükmün maddi anlamda kesinliğı yoktur⁶. Buna rağmen bu hükmün icrası mümkündür, maddi anlamda kesinlik cebri icranın ön koşulu değildir ve hüküm icrası gereken ifayı -1000 TL’ nin ödenmesi- açık ve belirgin olarak tanımlamıştır.

Bunun tersi olarak bir eda kararı, icra edilebilir olmak zorunda kalmadan maddi anlamda bir kesinlik kazanabilir. Götz⁷ buna örnek olarak “alacaklının aynı zamanda ifa edeceği edimin icrasına bağı” (§ 726 II ZPO) ancak alacaklının karşı edimini belirgin hale getirmeyen bir kararı göstermektedir. Eksikliğe rağmen karar, maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder.

Zira maddi anlamda kesin hüküm sadece davada açılan eda ile ilgili talebi içerir ve davalı tarafından def’i yolu ile ileri sürülen karşı edimin ifası talebini içermez⁸

Cebri icra gerçekleştirilemez, çünkü karşı edimin ifa şekli karardan ortaya çıkmamaktadır ve icra memuru bu nedenle borçluya icraya başlamadan önce hangi karşı edim borcunun ifasını teklif edeceğini bilmemektedir (§ 756 ZPO) . Bu durumda alacaklının kararın ikinci- tamamlayıcı- bir eda davası ile tamamlanması olanağı mevcuttur⁹.

Eğer mahkeme davalıyı kendi gelirinin belirli bir kısmı miktarında bir gelir ödemeye mahkum ettiyse bu “talebin” rakamsal sabitlenmesi, açıklığa kavuşturulması eksiktir. Bu nedenle kararın icrası mümkün değildir. Buna karşın maddi anlamda kesin hüküm başlar; çünkü uygulanabilecek talebin varlığı hakkında karar vermiştir ve bu nedenle icra edilebilirlikteki eksikliklere rağmen” bir tespit hükmü” gibi anlamlı kalabilir¹⁰

Bahsedilen kararın etkisinin yok olup olmayacağı hususu sistematik açılıma uygun olmayan münferit bir vaka olarak değerlendirilebilir. Gerekli görülen münferit denetlemelerde kararın etkisinin, maddi anlamda kesinleşme etkisinin sadece kısıtlı bir

⁶ Jauernig, s.190; Götz, s.42 vd.; BGHZ 22,54(63)

⁷ s.44

⁸ Jauernig, s.191 ve orada anılan (Baumbach-Lauterbach, § 322, Bem.4; Stein-Jonas-Schönke; §322, Bem.V 2; Rosenberg, §150 II 2)

⁹ Jauernig, s.191; Stein, s.96

¹⁰ Jauernig, s.191

çerçevede eksik olduğu dikkate alınmalıdır. Bunun için aşağıda bir örnek vereceğim. Mahkeme davayı usul ve esastan reddettiye, hukuki mantık ve fonksiyonel bakımdan kabule şayanlığın önceliği yüzünden karar kendi içerisinde çelişkilidir. Çünkü esastan incelemenin kabule şayan olduğunu açıkça reddeder ve buna rağmen davanın esası ile ilgili bir karara varır¹¹. Bu zıtlığın sonucunda dermeyeran olunan talep hakkında esasa yönelik karar bununla sınırlı olarak maddi anlamda kesinlik kazanamaz; buna karşın davanın reddi maddi anlamda kesinleşir. Başka bir deyişle usule aykırılık kesin hüküm etkisi yönünden sadece kısmi bir zarara kayba neden olur¹².

Kararın sınırlı etkisizliğine karşı Pohle¹³ farklı düşünceler sergilemiştir. Ona göre karardaki çelişki bu sonucu doğuramaz; çünkü bir karar iki gerekçeden ötürü bir dava reddinden daha çelişkili olamaz. 1. dava edilen talebin var olmaması, 2. en azından davacının davada sıfatının eksik olması¹⁴. Bizim vakamızın özelliği, sadece böyle bir kararın usul kanununa aykırı olduğudur. Bu eksikliğin etkisizliğe yol açıp açmayacağı şimdilik şüphelidir.

Pohle'ye, kendisinin sunduğu olayda davanın reddi vakasının bir çelişki içerdiği konusunda hak vermek gerekir. Çelişki şurada yatmaktadır. Bir taraftan davada sıfatın eksik olmasını reddetmekte bir taraftan da onaylamaktadır. Mantık bakımından var olan bir şeyi reddedip daha sonra-kısmi olarak olsa da- onaylamak kabul edilemez. Hukuki bakış açısından bu zıtlık kabul edilemez; burada konu davada sıfatın eksik olması veya olmamasının varlığı değil, her bir vakada ortaya çıkan hukuki sonuçların konu edilmesidir. Hukuki açıdan hepsi aynı değerdedir, çünkü her iki ret sebebi-davada sıfatın eksikliği ve talebin eksikliği-esasın incelenmesi dahilindedir ve bu nedenle mantık açısından farklı olsalar da hukuki açıdan yan yana ola bilirler. Eğer davacının davada sıfatı eksik ise, o zaman talebin mevcut olup olmadığı açık kalabilir çünkü bu durumda talep davacıya ait değildir. Fakat mahkeme-esasın incelemesi içerisinde kaldığı için!-davada sıfatı kaldırabilir ve davayı ayrıca talebin var olmaması sebebiyle reddedebilir¹⁵.

¹¹ Jauernig, s.191; Karş: RGZ 45,379 (381)

¹² Jauernig, s.191, ve orada anılan(Rosenberg, § 73 IV 2 c)

¹³ Jauernig, s.192, ve orada anılan(BAG'nin 28.12.1955 tarihli kararı ile ilgili açıklama §322ZPO); Karş: Wurzer, s.35 vd. Yazar etkisizliği tamamen reddetmektedir.

¹⁴ Jauernig, s.192

¹⁵ Jauernig, s.192,193

Eğer mahkeme davayı yine de kabule şayan görmezse, davanın esas yönünden incelenmesi yolu ona kapalıdır; “ek bir gerekçe açıklaması”(Hilfsbegründung) yoluyla da bu talep gerçekleşemez. Eğer yine de bu denemeyi göze alırsa bunun içerisinde mantısal bir zıtlık yoktur; çünkü hiçbir şey iddia edilmemektedir ve bir dava mantıken hem kabule şayan hem de gerekçelendirilmemiş olabilir. Fakat hukuki açıdan karar çelişkiler içermektedir, çünkü mahkeme önce kabule şayanlığı onayladıktan sonra esasın incelenmesine girebilmektedir. Bahsi geçen hükmün yukarıda bahsedilen nedenlerden dolayı etkisi azaltılmıştır¹⁶. Bu kural ile -Pohle’nin düşüncesine karşın- eğer dava hukuki yarar açısından eksik ise ve maddi sebeplerden dolayı reddedilse de, bir istisna yapılamaz. Davanın reddine bağlı olan davanın esastan reddi hususunda burada savunulan görüşe göre davanın caiz olup olmadığı ile ilgili kontrolünde hukuk mantığı ve fonksiyonel önceliği dikkate alınmamıştır. Hukuki menfaatin dava şartı olması illikit olurken, davanın gerekçelendirilmemiş olması likit ise, bu öncelik hukuki menfaat için artık uygun değildir. Zira henüz davanın caiz olup olmadığı ile ilgili denetimde dava ile ilgili mahkemeden anlamsızca yararlanılmasının önlemek için hukuki himaye ihtiyacı davanın önkoşulu, dava şartı sayılmaktadır. Hukuki himaye ihtiyacı ile ilgili dava koşulunu, davanın gerekçesiz olduğu zaten baştan tespit edilebildiği durumda denetlemek zorunda kalırsa, mahkeme anlamsızca çalışmış olur. Bu durumda dava gerekçelendirilmediği, mesnetsiz olduğu gerekçesi ile reddedilebilir¹⁷. Mahkeme, hukuki himaye ihtiyacının yokluğunu tespit etmeksizin, sadece gerekçesiz olması nedeni ile hukuki menfaatin varlığı ortaya konulmadan esas bakımından bir karar verebilir. Eğer mahkeme davayı her iki nedenden dolayı reddederse, bu istisnai durum söz konusu değildir. Bu nedenle davanın esastan reddinin hangi sebeplerle kesinlik kazanacağı anlaşılamamaktadır¹⁸

Bir hükmün düzenlemelere göre sadece tek bir etkisinin olduğu ve oluşan bir hata nedeniyle bu etkinin yürürlüğe girememesi düşünülebilir. Örneğin bir davanın aynı zamanda usuli veya esasa ilişkin sebeplerle reddedilmesi gibi¹⁹. Bu durumda talep edilen konu ile ilgili esastan bir karar verilip verilmediği belirsizdir. Kesin hüküm

¹⁶ Jauernig, s.193

¹⁷ Jauernig, s.193; RGZ 158, 145 (152); BGHZ 12,308 (316); Hellwig, System,I§ 101 III 2; Nikisch,§37 II 3, 39 III 3, 56 II 5

¹⁸ Jauernig, s.194

¹⁹ Jauernig, s.194

etkisinin²⁰ konu ve kapsamı ile ilgili bu şüphe ortadan kalkmamaktadır. Bu nedenle bu hükmün ne usuli ne de maddi bölümü kesinlik kazanamaz²¹. Hükmün başka herhangi bir etkisinin olup olmadığı anlaşılmamaktadır. Rededilen bir karar olması nedeniyle icrası mümkün değildir, inşai tesiri de yoktur ve usuli bağlayıcı etkisi de maddi anlamda kesin hüküm ile aynı sebeplerden dolayı kabul edilmemektedir²².

Bu karar ile benzer kararlar²³ nedeniyle, etkisiz ve etkisi azaltılmış kararlar arasında bir ayrım yapılmasının mantıklı olup olmadığını sormak gerekir, çünkü belirli durumlarda hükmün geçersiz olması için tek bir etkisinin yokluğu yeterli olmaktadır.

Bununla ilgili doğru olan şudur ki, etkisiz ve etkisi azaltılmış kararlar arasındaki ayrım, esastan çok terminolojiktir. Birçok etkisi bulunan bir kararda (sadece) bir etki eksik ise, etkisizdir. Bir kararın zaten tek bir etkisi var ise ve bu etki eksiklikler nedeniyle geçersizlik kazanırsa, bu kararı tam olarak “etkisiz” olarak tanımlamak mümkündür. Bu ayrım çok büyük bir önem taşımamaktadır. Asıl önemli olan şudur²⁴:

Bir yandan yok hükümleri ve diğer yandan tam geçerli hükümlerde birçok nedenden dolayı etkisiz veya etkisi azaltılmış olan kararlar gördük. İcra edilebilirliği ve (veya) maddi anlamda kesin hüküm özelliği eksik olan kararların varlığı iyi bilinen bir olgudur.

Bunu “batıl” daha doğrusu etkisiz bir karar ihtimalini tanımayan kişiler de inkar edemez. Ayrıca yargı hükmü şeklindeki devlet işlemlerinin bazı durumlarda bütün etkilerinin ortadan kalktığı inkar edilemez. Bu tür kararları “havaya atılan yumruk” (Hellwig) veya “suya atılan yumruk” (Seckel) olarak tanımlamak veya “boş” (Hein) olduklarını söylemek gereksizdir. Bu tanımlamalardan hiç kimse, mahkemenin davayı reddederek kararını iptal edip edemeyeceğini, kararın itiraza açık olup olmadığını, şekli anlamda kesin hüküm kazanıp kazanmadığını vs. anlayamaz²⁵.

²⁰ Jauernig, s.194, dn.20’de anılan(Jauernig, JZ 55,235 vd.)

²¹ Jauernig, s.194, dn.21’de anılan (Jauernig, JZ 55,237); RGZ 35, 379 (381)

²² Jauernig, s.194

²³ Jauernig, s.194; Karş: BGHZ 5,240 (246): Bir tespit hükmünün hüküm fıkrası çelişkili ise veya var olan belirsizlik yorum yoluyla ortadan kaldırılamıyor ise; karar baştan itibaren etkisizdir.

²⁴ Jauernig, s.194

²⁵ Jauernig, s.194-195

Bozulan bir evlilikte boşanma örneği etkisiz kararların eşyanın tabiatı bakımından gerekçelendirilmiş olduğunu göstermektedir²⁶. Bunlar yasalara sunulmuştur ve yasanın bunları inkar etme gücü yoktur. Wurzer'in ZPO'nun hükmün düzeltilemez butlanını genel geçerli yasaya göre tanımaması gerekçesi ile batıl(etkisiz) hükmün imkansız olduğunu açıklama çabası başarısız olmuştur²⁷.

Bu çalışmada etkisiz hüküm ile ilgili geliştirilen öğretinin, müşterek usul hukukundaki düzeltilebilir ve düzeltilemez batıl hükümler ile ilgisi yoktur. Bu öğreti “butlan” kelimesinden bağımsızdır ve bir kararın unsuru ile etkisi arasında ayrım yapılması gerektiği görüşündedir. Unsur var ise, yasalar uyarınca bir karar söz konusudur. Buradan etkisiz olan yargı kararı şeklinde somutlaşan devlet işlemlerinin de spesifik özellikleri taşıyan bir “hüküm” olduğu sonucu çıkmaktadır. Buna göre bunları “boşluğa düşen” yasal olarak var olan fakat etkisiz olan kararlar olarak niteleyebilmekteyiz²⁸.

Bu şekilde, bir hükmün eksiklikleri nedeniyle ortaya çıkacak olası sonuçları kapalı bir sistemde ele alabiliriz: Eksiklik bir hükmün oluşmasını engeller ise; o zaman karar unsuru bile yoktur ve bildirilen işlem bir yok hükmüdür²⁹. Ya da bir hüküm oluşur ancak bu hüküm etkisizdir veya etkisi azaltılmıştır. Ya da bu eksiklik hükmün geçersizliğini etkilemez, özellikle eda kararının icra edilebilirliğini etkilemez.

Hangi eksikliğin hangi sonuca yol açtığı ancak somut olayın incelenmesi ile ortaya çıkar. Araştırmamızın amacı, bu çalışma için belirli değerlendirme esasları oluşturup, bunların yardımıyla çok geniş ve kazuistik olarak sınırlandırılmamış olan olası karar eksikliklerini ortaya çıkarmayı kolaylaştırmaktır³⁰.

²⁶ Jauernig, s.195; Karş: Wach, RheinZ 3,374, 391,395; RheinZ 4, 364 vd.

²⁷ Jauernig, s.195; Karş: Hellwig, System,I, §174 IV; BGHZ 14, 39 (49)

²⁸ Jauernig, s.195

²⁹ Jauernig, s.195

³⁰ Jauernig, s.195-196

SONUÇ

Hatalı hükümler; yok hükümler(görünüşte hükümler),etkisiz ve etkisi azaltılmış hükümler, hatalı fakat geçerli hükümler olarak üç gruba ayrılır. Bu ayrım hükmün unsurları ve hukuki sonuçları arasındaki ayırma dayanmaktadır.

Yok hüküm, bir hükmün dış unsurları eksikse ortaya çıkar. Alman Medeni Usul Kanunu bir hükmün asgari şartlarını yazmamıştır. Hükümden söz edebilmek için iki husus gerekir: 1.Kararın mahkemeler teşkilatınca tanınmış bir mahkeme tarafından verilmesi 2.Bu kararın belirli bir formda bildirilmiş olması.

Mahkeme, üyelerinin şahsından bağımsız ve onların görev değişikliği halinde de kimliğini muhafaza eden sabit bir kurum,somut hukuki uyuşmazlık hakkında karar veren makamdır.

Kararın bildirimi kanunen öngörülen biçimde gerçekleşmişse, ancak o zaman mahkemeden çıkmış bir tasarruf hüküm olarak nitelendirilebilir. Bildirim şekline uyulması suretiyle,mahkeme ile dış dünyaya ulaşan karar,bildirilen işlemin hüküm olarak mahkemeye ait olduğunu gösterebilecek şekilde bağlanmaktadır.Aidiyet, bildirilmiş olan işlemin, yok hüküm ya da mahkemeye isnad edilebildiği için var olan bir hüküm olduğunu gösteren bir değerlendirme sürecidir.Aidiyetin objesi,nesnesi, fiilen bildirilmiş olan hükümdür; aidiyetin öznesi ise belirli hukuki uyuşmazlık ile ilgilenen mahkemedir.Mahkeme karar makamı ve o mahkemede görev yapan hakimler olarak ayrılmaktadır.Bu nedenle tek hakimin yetersiz olan hakimlik vasfı veya toplu mahkemede bir veya daha fazla üyenin bu durumda olması makamın mahkeme özelliğini etkilemez.

Alman hukukunda hükmün bildirilmesi için iki yol öngörülmüştür: Sözlü yargılamada hükmün tefhimi, yazılı yargılama usulünde hükmün tebliği. Aidiyeti oluşturacak bildirim bu iki yol ile gerçekleşir. Bildirime ilişkin kurallar arasında esaslı kurallar ve esaslı olmayan kurallar ayrımı yapılmalıdır.Esaslı kurallar,ihlal edildiklerinde yok hüküm sonucuna yol açan kurallardır.Bir kuralın esaslı olup olmadığı somut olaydaki değerlendirmeye bağlıdır.Burada savunulan görüşe göre,sadece esaslı bildirim kurallarının ihlali bir hükmün oluşmasını engeller.Bu şekilde,yok hükümlerin sayıca azaltılması ile tarafların hükmün varlığına olan güveninin makul bir şekilde korunması sağlanmaktadır.

Sözlü yargılama yapılmadan verilen karar, bir veya iki tarafa tebliğ edilmediyse mevcut değildir veya §310/3 gereğince her iki tarafa tebliğ edilmediyse yine mevcut değildir.Tefhim tutanağının eksikliği,kararın var olmasına engel değildir.Ancak tefhim esnasında yazılı

olmayan bir hüküm fıkrasının eksikliği,hükümün mevcut olmamasına sebebiyet verir.¹Eğer heyetin hükmü tek hakim tarafından tefhim edilmiş veya hüküm tefhim için öngörülme-yen duruşmada tefhim edilmişse² veya kararın kendisi tam olarak bitmemiş ise veya hiç ya da hatalı imzalanmışsa esaslı olmayan yargılama hataları sözkonusudur. Yine tefhim yerine tebliğ ya da tebliğ yerine tefhim yapılmışsa³ veya tefhim aleni olmayan bir duruşmada yapılırsa esaslı olmayan hatalar söz konusudur⁴.

Federal Mahkeme'nin 2007⁵ tarihli kararına göre, asgari şartlar yerine getirilmişse,zorunlu şekil şartlarının ihlali bile hükmün oluşmasına engel değildir.Mahkemenin bildiriminin kasıtlı olması ve dava taraflarınca bu şekilde algılanması,taraflardan her birinin kararın verilışı ve içeriği bakımından resmi olarak haberdar edilmesi asgari şartlardır.Hüküm tefhim edildiyse var olmuştur,aynı zamanda bu hükmü itiraz edilebilir.Tefhim için belirlenen tarihte eksiksiz bir şekilde düzenlenmemiş bir hüküm de geçerli şekilde tefhim edilmiş sayılır.Vakıalar ve kararın gerekçesi bir hükmün esaslı önemli şartları değildir(BGH NJW 1999 143,144).

Türk hukukunda da hüküm tefhimle hukuki varlık kazanır. Mahkeme verdiği hüküm ile,hükmü ne şekilde tefhim ettiğini duruşma tutanağına yazmak zorundadır(HUMK m.151/2) HUMK m.381'e göre, mahkeme hazır olan tarafın iddia ve savunmalarını dinledikten sonra yargılamanın sona erdiğini bildirerek kararını tefhim eder. Kararın tefhimi, en az 388. Maddede bildirilen hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilerek okunması suretiyle olur⁶. Aynı kanunun 388/son maddesinde ise, hüküm sonucu kısmında istek sonuçlarından her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların açık,şüphe ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir.Yargıtay'a göre⁷,mahkeme buna riayet etmeden "ekli karar tefhim edildi","gerekçeli kararın mahkeme kaleminden alınmasına" veya benzeri şekilde tutanağa geçirilen beyanlarla hükmü tefhim etmiş sayılmaz.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 'na⁸ göre HUMK 381 ve 388. Maddeleri emredici kurallardan olmalarına rağmen, hükmün yokluğunu ortaya koyacak esaslı kaidelerden değildirler.Bu maddelerin bir kararını geçersiz kıldığına ilişkin usul hukukunda bir hüküm mevcut değildir.Bu durumda sadece temyiz sebeplerinin varlığından söz edilebilecektir.Hükümün yok sayılabilesi için taraflara tebliğ edilen hükmün mahiyeti,son duruşma zaptında belirtilmemiş olmalıdır.Son duruşma tutanağına hükmün mahiyeti geçirilerek tefhim edilmişse artık ortada hukuken bağlayıcı bir hükmün varlığının kabulünde duraksama olmamalıdır.

¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald,§ 62III 1

² Rosenberg/Schwab/Gottwald,§ 62 III 1;BGH NJW 1954 1281, 1282

³ Rosenberg/Schwab/Gottwald,§ 62 III 1; BGH NJW 1955,988; BAG NJW 1966,175

⁴ Rosenberg/Schwab/ Gottwald,§ 62 III 1,dn.17'de anılan(OLG Hamm FamRZ 1995,943,944)

⁵ BGH NJW 2007, 3210

⁶Tutumlu, s.374'de anılan Y.4.HD 26.11.1987-6700/8665 kararı

⁷ Tutumlu,s.372'de anılan Y.2.HD 21.06.2005-9243/9658 kararı

⁸ YHGK 2001/4-535 2001/537; 2003/6-282 2003/296 (Kazancı Bilgi Bankası)

Yargıtay 15.Hukuk Dairesi⁹, bir kararında, tefhim olunan kısa kararda ne miktarın kabul edilip, reddedilen miktarın açıklanmamış olmasını, kararın denetim ve şeffaflığını giderici nitelikte görüp, böyle bir hükmün HUMK 388. ve 389. Maddelerindeki şartları taşımadığından yok hüküm olduğuna karar vermiştir.

Gerekçe serüveni tarihle, tarih ise Sümer Rahip Devletini kayıtlayan ilk kil tabletlerle başlar. İlk gerekçeli kararın "Suskun Kadın" davasının mimarları Sümerli yargıçlar tarafından kaleme alındığını saptıyoruz¹⁰. Bu karar M.Ö. 1850'de bir ceza davasında verilmiştir¹¹.

Bir görüşe göre¹², gerekçesiz olarak açıklanan bir kararın yok karar sayılması gerekmektedir. Doktrinde Arslan¹³, Anayasa¹⁴ ve HUMK m.388/5 hükmüne rağmen, gerekçesiz kararları yok saymak yerine, gerekçesizliği kesin bir temyiz sebebi olarak kabul etmenin daha doğru olacağı düşüncesindedir. Özkes'e¹⁵ göre, gerekçesiz kararlar da yargı organlarınca verilmek ve tefhim veya tebliğ edilmekle varlık kazanırlar; yok ya da etkisiz karar olmayıp ancak hukuken hatalı kararlardır. Kanatımızca Alman Federal Mahkemesinin kararlarında belirtildiği üzere kararın gerekçesi bir hükmün esaslı önemli şartları değildir. Bu nedenle gerekçesiz kararlar da mahkeme tarafından verilmek ve tefhim edilmekle hukuki varlık kazanırlar. Bunları yok hüküm veya etkisiz hüküm olarak değil, hatalı kararlar olarak nitelendirebiliriz.

Etkisiz hükümlerde ise, bir mahkemenin hükmü vardır; ancak kazai faaliyetin bazı şartları yerine gelmemiş olduğu için hükmün bazı etkilerini gösterememesi söz konusudur¹⁶. Etkisiz hükümler yargılamayı sona erdirir, şekli anlamda kesin hüküm teşkil ederler ve karar veren mahkeme kararı ile bağlıdır. Yok hüküm ile etkisiz ve etkisi azaltılmış hüküm arasındaki fark; etkisiz hükümlerin yargılama derecesini sonlandırması ve mahkemenin hükmü ile bağlı olmasıdır. Tartışmalı olan husus, kararın etkisiz olduğunu tespit için tespit davası açılıp açılamayacağıdır. Bu noktada tespit menfaatine dikkat etmek gereklidir.

⁹ Y.15.HD 2002/1078-2002/2599, Kazancı Bilgi Bankası

¹⁰ Şeker, s.5

¹¹ Wesel, s.80

¹² Şeker, s.1465; Aynı yönde: Umar, s.263

¹³ S.61,62

¹⁴ M.141/3:Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.

¹⁵ Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 168; Aynı yönde: Tutumlu, s.66

¹⁶ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.453

BİBLİOGRAFYA

ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, M. Kamil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Bası, İstanbul 2009

ARSLAN, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977

BALİNGAND, v., Zur Lehre von der absoluten Urteilsnichtigkeit, Der Gerichtssaal 72(1908),s.171-248

BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, Zivilprozessordnung, 66. Auflage, München 2008

BELİNG, Ernst, Deutsches Reichsstrafprozessrecht, Berlin-Leipzig 1928

BERNHARDT, Wolfgang, Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess in Beiträge zum Zivilprozessrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag für Leo Rosenberg, München-Berlin 1949, s. 9-50 (Kıs: Beiträge)

BETTERMANN, Karl August, Verweisung, Kompetenzkonflikt und Rechtskraft, JZ 1957, s. 321-324

BETTERMANN, Die Freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung in Festschrift für Friedrich Lent zum 75.Geburtstag,München-Berlin 1957 ,s. 17-42 (K1s: Festschrift)

BLOMEYER, Arwed: Zum Urteilsgegenstand im Leistungsprozess in Festschrift für Friedrich Lent zum 75.Geburtstag, München-Berlin 1957,s.43-88(K1s:Urteilsgegenstand)

BOEMKE, Burkhard, Das einspruchsverwerfende Versäumnisurteil, ZZP (106) 1993,s.371-390

BÖTTICHER, Eduard ,Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß,Berlin 1930

BÜLOW, Oskar, Dispositives Civilprozeßrecht und der verbindliche Kraft der Rechtsordnung,AcP 64(1881), s.1-109

COİNG, Helmut, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950

DEREN-YILDIRIM, Nevhis, Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükümün Subjektif Sınırları, İstanbul 1996

ECHTERHÖLTER, Rudolf Die Europäische Menschenrechtskonvention in der juristischen Praxis, JZ 1956, s.142-146

ESSER, Josef, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatsrechts, Tübingen 1956

FISCHER, Otto, Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und Rechtsgeschäften, 2. Beiträge, Bd.23, Heft 2 und Bd.26, Heft 1 der Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, München 1912-1913 (K1s: 1.ve 2.Beitrag)

FORSTHOFF, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I.Bd.Allgemeiner Teil, 6.Auflage, München-Berlin 1956

FRIEDLAENDER, Max, Die lehre von der absoluten Nichtigkeit strafgerichtlicher Urteile, Der Gerichtssaal 58(1901), s.339-379

GAUL, Hans Friedhelm, Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe, Bielefeld 1956

GOLDSCHMIDT, James, Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925 (K1s: Prozeß)

GOLDSCHMIDT, James, Zivilprozeßrecht, Berlin 1932

GÖPPINGER, Horst, Die Entscheidung der Rechtsmittelinstanz, wenn beide Parteien die Hauptsache für erledigt erklärt haben, JZ 1953, s. 544

GÖTZ, Heinrich, Urteilsängel und innerprozessuale Bindungswirkung, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Urteilsnichtigkeit, Frankfurt 1956

HABSCHEID, Walther :Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1956

HEIN, Wolfgang, Identität der Partei, Bd.1, Berlin-Leipzig 1918

HEIN, Günter, Das Wirkungslose Urteil, Frankfurt am Main, 1995

HELLWIG, Konrad, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig, 1. Bd. 1903, 2. Bd. 1907

HELLWIG, Konrad, Klagrecht und Klagmöglichkeit, Leipzig 1905

HELLWIG, Konrad, System des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Teil, Leipzig, 1912, (K1s: System, I)

HIPPEL, Ernst von: Untersuchungen zum problem des fehlerhaften Staatsakts, Berlin 1924

JELLINEK, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Auflage, Tübingen 1906

JAUERNIG, Othmar, Das Fehlerhafte Zivilurteil, Frankfurt am Main 1958

JELLINEK, Walter, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, Tübingen 1908

KALE, Serdar, Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, İstanbul 2010

KASER, Max, Das Römische Zivilprozessrecht, München 1966

KERN, Eduard, Anmerkung, JZ 1956, s.409-412

KLEINFELLER, Georg , Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 3. Auflage, Berlin 1925

KISCH, Wilhelm, Beiträge zur Urteilslehre, Leipzig 1903 (Kıs: Urteilslehre)

KOHLER, Der Prozess als Rechtsverhältnis, Manheim 1888

KORMANN, Karl, System der Rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910

KRIEGSMANN, N.Hermann, Die Nichtigkeit des Strafurteils in Festgabe der Kieler Juristenfakultät für Albert Hänel ,Kiel-Leipzig 1907

LENT, Friedrich, Zivilprozeßrecht,München-Berlin 1958

LENT, Friedrich, Freiwillige Gerichtsbarkeit, München-Berlin 1958

LÜKE, Gerhard, Betrachtungen zum Prozeßrechtsverhältnis, ZZP 108(1995),s.427-454

LÜKE, Gerhard, Verfassungsbeschwerde gegen eine Nichtentscheidung,JuS 1985, s.767-769

LÜKE, Gerhard/ZAWAR, Rolf, Die Fehlerhaftigkeit von Rechtsakten,JuS 1970,s.205-213

MATTHIES, Heinrich, Die deutsche internationale Zuständigkeit,Frankfurt am Main 1955

MICHEL, ARTUR, Über die absolute Nichtigkeit von Zivil-u.Strafurteilen nach geltendem Reichsprozeßrecht, Dissertation Jena 1906

MUSIELAK, Hans-Joachim, Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz,4. Auflage, München 2005

MÜKO/BRAUN, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, München 2007

<http://www.beck-online.beck.de>(21.09.2010)

NIKISCH, Arthur, Zivilprozessrecht, 2.Auflage,Tübingen 1952

NIKISCH, Arthur, Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß,AcP 154(1955), s.271-299

NIESE, Werner, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen,Göttingen 1950

NUßBAUM, Arthur Die Prozesshandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse
,München 1908

ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm Ve Etkisiz Hüküm, YD
2000/4,s. 661-699

ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003

ÖZKAYA-FERENDECI,Hamide Özden,Kesin Hükümün Objektif Sınırları,İstanbul 2009

PAGENSTECHER, Max, Über Prozesse Exterritorialer, in Festschrift dem XXIV. Deutschen Anwaltstag, Mannheim/Berlin/Leipzig, 1929, s. 412-438 (Kıs:Festschrift)

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 8. Bası, Ankara 2009

POSTACIOĞLU, İlhan E. Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975

PRÜTTING, Hans/GEHRLEIN, Markus, ZPO Kommentar, 1. Auflage, Köln 2010

RIEZLER, Erwin :Internationales Zivilprozeßrecht und prozessuales Fremdenrecht, Berlin-Tübingen 1949

RIEZLER, Erwin von: Zur sachlichen internationalen Unzuständigkeit in Beiträge zum Zivilprozessrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von Leo Rosenberg, München-Berlin 1949

ROSENBERG, Leo/ SCHWAB, Karl Heinz/ GOTTWALD, Peter, Zivilprozessrecht, München 2004

SAUER, Wilhelm, Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Auflage, Stuttgart 1929 (Kıs:Grundlagen)

SAUER, Wilhelm, Allgemeine Prozeßrechtslehre, 2. Auflage, Berlin-Detmold-Köln-München 1951, (Kıs:Prozeßrechtslehre)

SATTELMACHER, Bericht, Gutachten und Urteil, 20. Auflage, bearbeitet von Lüttig und Beyer, Berlin-Frankfurt am Main 1951

SCHILKEN, Eberhard, Gerichtverfassungsrecht, 4. Auflage, Köln-München 2007

SCHILKEN, Eberhard, Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Köln-Berlin-München 2002

STEIN/JONAS, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 20. Auflage, Dritter Band, §551-703d, Tübingen 1977

ŞEKER, Hilmi, Esbab-ı Mucibe'den Retoriğe Hukukta Gereke, İstanbul 2010

THOMAS/PUTZO, Zivilprozessordnung, München 2003

TUTUMLU, Mehmet Akif, Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekeçeli Karar, Ankara 2007

UMAR, Bilge, Türk Medeni Usul Hukukunda İadei Muhakeme, İÜHFM C:XXIX (1963) S:1-2, s.261-298

ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000

ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim,

İstanbul 1971

WACH, Adolf, Urteilsnichtigkeit-Ein Rechtsgutachten-RheinZ 3,(1911),s.373-408

WACH, Adolf, Nochmals die Urteilsnichtigkeit-Ein zweites Rechtsgutachten-RheinZ 4(1912),s. 509-531

WEISS, Claus :Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten , Heft XV der “Dokumente” , Herausgegeben von der Forschungsstelle für Völkerrecht und Ausländisches Öffentliches Recht der Universität Hamburg, Frankfurt am Main-Berlin 1954

WESEL, Uwe, Geschichte des Rechts,2.Auflage, München 2000

WURZER, Nichturteil und Nichtiges Urteil ,Breslau 1927

YILMAZ, Ejder, Adli Yazı ve Yazışma Usulleri, Ankara 2008

YILDIRIM, M. Kamil, Hukuk Devletinın Gereğı: İstinaf, İstanbul 2000

ZÖLLER/VOLLKOMMER, Zivilprozessordnung,26. Auflage, Köln 2007

Zusammenfassung der Doktorarbeit

Das Fehlerhafte Zivilurteil im Zivilprozessrecht

In Anlehnung an den Unterschied zwischen Bestandteil und Rechtsfolgen von Urteilen, unterscheidet man drei Arten fehlerhafter Zivilurteile: Nichturteile, völlig oder teilweise wirkungslose Urteile, mangelhafte aber wirksame Urteile. Wenn die Bestandteile, die Voraussetzung für das Bestehen eines Urteiles sind, die Aussenwelt erreichen, entsteht ein Urteil gemäss den Formvorschriften. Urteilsmaengel beeinflussen entweder die Urteilsbestandteile oder die Urteilswirkung. Wenn der Fehler am Mangel der Urteilsbestandteile liegt, spricht man von einem Nichturteil. Wenn alle Bestandteile eines Urteiles bestehen, jedoch ein Fehler eine der Urteilswirkungen verhindert, spricht man vom wirkungslosen Urteil. Bei Urteilen, die fehlerhaft sind und deshalb eine oder mehrere seiner Wirkungen verliert (jedoch nicht alle Wirkungen) spricht man vom wirkungsgeminderten Urteil. Bei Fehlern, die weder die Urteilsbestandteile noch Urteilswirkung beeinflussen, spricht man vom fehlerhaften aber wirksamen Urteil.

Das Nichturteil entsteht, wenn dem Urteil der aussere Tatbestand fehlt. Um von einem Urteil ausgehen zu können müssen zwei Bedingungen erfüllt sein: 1. Das Urteil muss von einem Gericht erlassen sein, das durch die Gerichtsverfassung anerkannt ist. 2. Die Verkündung des Urteiles muss gemäss bestimmter Formen geschehen. Das Gericht ist eine stabile Institution, die unabhaengig von der Persönlichkeit seiner Mitglieder ist und auch bei Umbesetzung der Mitglieder seine Identitaet erhaelt. Das Gericht ist das entscheidende Amt bei konkreten Rechtsstreitigkeiten. Erst wenn die Entscheidung gemäss den rechtlich vorgeschriebenen Formen verkündet wird, wird eine Gerichtsverfügung als Urteil bezeichnet.

Das Nichturteil ist ein nullum. Es ist wirkungslos und zaehlt nur für sich. Das Nichturteil hat keine Bindung für das Gericht und beendet nicht die Instanz. Das Nichturteil ist weder ein materiell noch formell rechtskraeftiges Urteil. Bei wirkungslosen Urteilen besteht ein gerichtliches Urteil, aber einige der Urteilswirkungen fehlen, weil manche Erfordernisse nicht erfüllt worden sind. Wirkungslose Urteile beenden die Instanz, stellen ein formell rechtskraeftiges Urteil dar und binden das Gericht, welches das Urteil erlassen hat.

TEZ ÖZETİ

MEDENİ USUL HUKUKUNDA HATALI KARARLAR

Hükmün unsurları ve hükmün hukuki sonuçları arasındaki ayrıma dayanarak, hatalı hükümler üç bölüme ayrılabilir: Yok hükümler, tamamen veya kısmen etkisiz hükümler, hatalı fakat geçerli hükümler. Bir hükmün mevcudiyet şartlarını oluşturan unsurların dış dünyaya ulaşması durumunda, usul kanunlarında belirtildiği şekilde bir hüküm mevcut demektir. Hükümdeki eksiklik ya hükmün unsurlarını ya da hükmün tesirlerini etkileyebilir. Bir hükümde hükmün unsurlarında bir eksiklik olması şeklinde hata varsa bu hüküm yok hüküm (Das Nichturteil) olarak nitelendirilmektedir. Bir hükümde, hükmün unsurları mevcut olmakla birlikte yapılan hata, hükmün herhangi bir etkisinin ortaya çıkmasını engelliyorsa, bu durumda etkisiz hüküm (Das Wirkungslose Urteil) söz konusudur. Hüküm, kusurlu olması nedeniyle bir veya birkaç etkisinden(fakat bütün etkilerinden değil)mahrum oluyorsa, etkisi azaltılmış hüküm (Das Wirkungsgeminderte Urteil) söz konusu olmaktadır. Kusur, hem hükmün unsurlarına hem de etkilerine ilişkin değilse, hüküm hatalı fakat geçerlidir.

Yok hüküm, bir hükmün dış unsurları eksikse ortaya çıkar. Hükümden söz edebilmek için iki husus gerekir:1.Kararın mahkemeler teşkilatınca tanınmış bir mahkeme tarafından verilmesi. 2.Bu kararın belirli bir formda bildirilmiş olması. Mahkeme, üyelerinin şahsından bağımsız ve onların görev değişikliği halinde de kimliğini muhafaza eden sabit bir kurum, somut hukuki uyuşmazlık hakkında karar veren makamdır. Kararın bildirimi kanunen öngörülen biçimde gerçekleşmişse, ancak o zaman mahkemeden çıkmış bir tasarruf hüküm olarak nitelendirilebilir.

Yok hüküm bir sıfırdır (nullum), hiçbir etkiye sahip değildir ve kendiliğinden dikkate alınır. Yok hüküm ne mahkemeyi bağlar ne de bulunduğu derecedeki yargılamayı sonlandırır. Yok hüküm ne maddi ne de şekli anlamda kesin hüküm teşkil eder. Etkisiz hükümlerde ise, bir mahkemenin hükmü vardır; ancak kazai faaliyetin bazı şartları yerine gelmemiş olduğu için hükmün bazı etkilerini gösterememesi söz konusudur. Etkisiz hükümler, yargılamayı sona erdirirler,şekli anlamda kesin hüküm teşkil ederler ve karar veren mahkeme kararı ile bağlıdır.