

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

KANUN YOLU YARGILAMASINDA HUKUKA AYKIRILIK DENETİMİ

Doktora Tezi

RECEP AŞİT

İSTANBUL, 2024

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

KANUN YOLU YARGILAMASINDA HUKUKA AYKIRILIK DENETİMİ

Doktora Tezi

RECEP AŞİT

Danışmanı Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM

İSTANBUL, 2024

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	1
ÖZET	8
ABSTRACT	8
KISALTMALAR.....	8
GİRİŞ	13

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK KANUN YOLU

§ 1 KANUN YOLU KAVRAMI VE KANUN YOLUNUN ETKİLERİ	15
I. KANUN YOLU KAVRAMI.....	15
II. KANUN YOLUNUN ETKİLERİ.....	20
A. Erteleyici Etki.....	20
B. Aktarıcı Etki.....	23
§ 2 KANUN YOLUNUN TASNİFİ VE AMACI.....	27
I. KANUN YOLLARININ TASNİFİ.....	27
A. Genel Olarak.....	27
B. Olağan-Olağanüstü Kanun Yolu Ayrımı	27
C. Düzeltici – Bozucu Kanun Yolu Ayrımı	29
D. Tam – Sınırlı Kanun Yolu Ayrımı.....	30
II. KANUN YOLUNUN AMACI	37
A. Genel Olarak.....	37
B. Medeni Usul Hukukunun Amacı	38
C. Kanun Yolunun İşlevi ve Amacı	41
1. Genel Olarak.....	41
2. Somut Olay Adaletinin Sağlanması.....	44
3. Hukuki Güvenliğin ve Hukuk Barışının Sağlanması	45
4. Hukuk Birliğinin Sağlanması ve Hukukun Geliştirilmesi.....	46
D. Temyiz Kanun Yolunun Amacı.....	47
1. Genel Olarak.....	47
2. Temyiz Kanun Yolunun Amacına İlişkin Mukayeseli Hukuktaki Görüşler	47
a. Taraf Menfaatine Öncelik Veren Görüş	47
b. Hukuk Birliğinin Sağlanması ve Hukukun Geliştirilmesi Yönünde Kamu Menfaatine Öncelik Veren Görüş	49
c. Taraf Menfaati ve Kamu Menfaatini Eşdeğerde Gören Görüş	54

d. Maddi Hukuk Aykırılık ve Usul Hukuk Aykırılık Ayrımını Esas Alan Görüş	56
e. Temyiz Başvurusu ve Temyiz Yargılamasına Göre Ayrım Yapan Görüş	57
3. Temyiz Kanun Yolunun Amacına İlişkin Türk Hukukundaki Görüşler	60
E. Değerlendirme.....	64

İKİNCİ BÖLÜM

KANUN YOLU SEBEBİ OLARAK HUKUKA AYKIRILIK

§ 3 KANUN YOLU SEBEPLERİ VE HUKUKA AYKIRILIK	71
I. GENEL OLARAK KANUN YOLU SEBEPLERİ VE ÖNEMİ.....	71
II. KANUN YOLU SEBEPLERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER VE YAKLAŞIMLAR	72
A. İstinaf Bakımından	72
B. Temyiz Bakımından.....	75
III. ORTAK KANUN YOLU SEBEBİ: HUKUKA AYKIRILIK.....	77
A. Genel Olarak.....	77
B. Hukuka Aykırılığın Unsurları.....	77
1. Hukuk	78
2. Aykırılık (İhlal).....	80
a. İlgili Hukuk Kuralının Hiç Uygulanmaması	80
b. İlgili Hukuk Kuralının Yanlış Uygulanması	81
B. Hukuka Aykırılık Türleri	82
1. Maddi Hata - Usuli Hata (Materieller Fehler - Verfahrensfehler).....	82
2. Uygulama Hatası (Anwendungsfehler)	82
3. Yorum Hatası (Interpretationsfehler)	82
4. Atılma Hatası (Subsumtionsfehler)	83
5. Takdir Hatası (Ermessensfehler)	84
6. Açık Hukuka Aykırılık (Keyfi Hukuk Uygulaması) - Basit Hukuka Aykırılık (Offensichtliche Rechtsverletzung (willkürliche Rechtsanwendung) – Einfache Rechtsverletzung)	84
§ 4 KANUN YOLU DENETİMİ BAĞLAMINDA HUKUK KURALI	87
I. GENEL OLARAK HUKUKUN KAYNAKLARI.....	87
II. HUKUK KURALININ UYGULANABİLİRLİK ŞARTLARI	89
A. Hukuki Geçerlilik - Hukuki Bağlayıcılık (Rechtsgültigkeit - Rechtsverbindlichkeit)	89
1. Şekli Şartlar	90
2. Maddi Şartlar	91
3. Yürürlüğe Girmesi ve Yürürlükten Kalkmaması	95
B. Etkililik (Wirksamkeit).....	96

III. İÇERİK YÖNÜNDEN HUKUK KURALI	96
A. Anayasa	96
1. Genel Olarak.....	96
2. Yatay Etki	98
a. Genel Olarak.....	98
b. Doğrudan Yatay Etki Teorisi	101
c. Dolaylı Yatay Etki Teorisi.....	102
d. Koruma Görevi Teorisi	104
3. Anayasanın, Anayasaya Uygun Yorum Yoluyla Uygulanması	107
a. Anayasaya Uygun Yorum Ödevi.....	107
b. Anayasaya Uygun Yorum Türleri	109
aa. Dar Anlamda Anayasaya Uygun Yorum.....	109
bb. Anayasaya Uygun Düzeltme (Anayasaya Uygun Hukukun Geliştirilmesi)	110
cc. Anayasa Odaklı Yorum	111
dd. Ölçülülük İlkesine Uygun Yorum ve Uygulama.....	112
c. Anayasaya Uygun Yorumun Sınırı	116
4. Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)	117
a. Genel Olarak.....	117
b. Şartları	118
c. Bekletici Mesele Yapılması.....	122
d. Anayasa Mahkemesi Kararı ve Sonrasındaki Durum	123
5. Anayasanın Doğrudan Uygulanmasının Özel Halleri	124
a. Genel Olarak.....	124
b. Boşluk Halinde Anayasanın Doğrudan Uygulanması.....	126
c. Eski Kanun ve Yeni Anayasa Hükmünün Çatışması Halinde Anayasanın Doğrudan Uygulanması.....	127
B. Kanun.....	132
C. Uluslararası Hukuk (Sözleşmeler)	134
D. Yabancı Hukuk.....	138
1. Genel Olarak.....	138
2. Uygulanacak Hukuk Düzeninin Tespitinde Hukuka Aykırılık	139
3. Yabancı Hukukun Tespitinde Hukuka Aykırılık.....	141
4. Yabancı Hukukun Uygulanmasında Hukuka Aykırılık.....	143
E. Eski Hukuk.....	144
F. Diğer Yazılı Pozitif Hukuk Kuralları	145
G. Örf ve Adet Hukuku	148

H. Hâkim Hukuku	151
I. İctihat Hukuku.....	152
1. Genel Olarak Mahkeme Kararların Bağlayıcılığı.....	152
2. Kanun Yolu Mahkemeleri Kararlarının Görülmekte Olan Dava Bakımından Bağlayıcılığı ve Türk Hukuku'ndaki Sistemsel Hata	155
3. İctihat Hukukun Normatif Gücü.....	157
a. Genel Olarak İctihat ve Emsal Karar.....	157
b. Emsal Kararların Fiili Bağlayıcılığı	160
c. Emsal Kararların Sınırlı Bağlayıcılığı.....	161
İ. Düşün (Mantık) ve Doğa Kanunları - Tecrübe Kuralları.....	163
1. Düşün (Mantık) ve Doğa Kanunları	163
2. Tecrübe Kuralları.....	167
a. Genel Olarak.....	167
b. Hukuk Kuralının Uygulanmasında.....	168
c. Vakıaların Tespitinde	169
IV. ZAMANSAL YÖNDEN HUKUK KURALI VE OBJEKTİF HUKUKA AYKIRILIK	173
A. Sübjektif Hukuka Aykırılık/Hata	173
B. Objektif Hukuka Aykırılık/Hata	173

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKUN UYGULANMASI, MADDİ (FİİLİ) - HUKUKİ MESELE VE HUKUKA AYKIRILIK

§ 5 HUKUN UYGULANMASI SÜRECİNDE HUKUKA AYKIRILIK	176
I. GENEL OLARAK HUKUKUN UYGULANMASI VE HUKUKİ TASİM (KIYAS)	176
II. BÜYÜK ÖNERMENİN OLUŞTURULMASI VE HUKUKA AYKIRILIKLAR.....	179
III. KÜÇÜK ÖNERMENİN OLUŞTURULMASI VE HUKUKA AYKIRILIKLAR	181
IV. HUKUKİ SONUCUN TAYİNİ VE HUKUKA AYKIRILIKLAR	183
§ 6 MADDİ (FİİLİ) - HUKUKİ MESELE VE HUKUKA AYKIRILIK	185
I. GENEL OLARAK MADDİ (FİİLİ) - HUKUKİ MESELE VE AYRIMIN ÖNEMİ	185
II. ÖĞRETİDEKİ YAKLAŞIMLAR.....	188
A. Genel Olarak.....	188
B. Amaçsal Metot (teleologische Methode).....	189
C. Mantıksal-Kavramsal Metot (logische-begriffliche Methode).....	190
III. HUKUKİ- FİİLİ MESELE AYRIMI BAKIMINDAN ÖNEMLİ MESELELER.....	192
A. Genel Olarak.....	192
B. Delillerin Değerlendirilmesi ve Diğer İspat Hukuku Kuralları	197

C. İrade Beyanları -Sözleşmeler ve Hukuka Aykırılık.....	198
D. Belirsiz Hukuk Kavramları ve Hukuka Aykırılık	202
E. Takdir Yetkisi ve Hukuka Aykırılık	207
1. Genel Olarak.....	207
2. Takdirde Hata	209
a. Takdir Eksikliği	209
b. Takdir Yetkisinin Şeklen Kullanılması	209
c. Takdir Yetkisinin Aşılması.....	210
d. Takdir Yetkisinin Kötüye Kullanılması	210
e. Takdir Yetkisinin Yerinde Kullanılmaması	210
f. Gerekçelendirme Eksikliği.....	211
3. Kanun Yolu Denetimi.....	211
a. İstinaf Kanun Yolu Bakımından.....	211
b. Temyiz Kanun Yolu Bakımından	214
§ 7 VAKIA TESPİTLERİNDE HUKUKA AYKIRILIK	218
I. GENEL OLARAK.....	218
II. DAVA MALZEMESİNİN OLUŞTURULMASINA İLİŞKİN HUKUK KURALLARINA AYKIRILIK	218
III. MADDİ HUKUKA İLİŞKİN HATALI BAKIŞ AÇISI NEDENİYLE EKSİK VAKIA TESPİTİ	220
IV. DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE HUKUKİ HATA VE DİĞER İSPAT HUKUKU KURALLARINA AYKIRILIK	222
V. DAVA DOSYASINA AYKIRILIK	231

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MUKAYESELİ HUKUKTA KANUN YOLU SEBEPLERİ VE DENETİMİ

§ 8 ALMAN HUKUKUNDA İSTİNAF VE TEMYİZ KANUN YOLU SEBEPLERİ VE DENETİMİ.....	234
I. İSTİNAF SEBEPLERİ VE DENETİMİ	234
A. Genel Olarak.....	234
B. Hukuka Aykırılık	235
C. Vakıanın Yeniden Tespitinin Gerekliliği.....	238
1. Hatalı veya Eksik Vakıa Tespiti	238
2. Yeni Vakıa Tespiti	244
II. TEMYİZ SEBEPLERİ VE DENETİMİ	247
A. Genel Olarak.....	247

B. Hukuka Aykırılık	247
1. Temyiz Edilebilir Hukuk	248
2. Temyiz Edilemez/Yabancı Hukuk.....	251
a. Genel Olarak.....	251
b. Temyiz Denetimine Kapalı Olan Hususlar	254
c. Temyiz Denetimine Açık Olan Hususlar	255
C. Hukuki Mesele- Fiili Mesele Ayrımı.....	262
1. Genel Olarak	262
2. Temyiz Denetimi Bakımından Önemli Meseleler	263
D. Mutlak Temyiz Sebepleri	281
E. Vakıa Tespitlerinin Denetimi.....	282
§ 9 AVUSTURYA HUKUKUNDA İSTİNAF VE TEMYİZ KANUN YOLU SEBEPLERİ VE DENETİMİ	285
I. İSTİNAF SEBEPLERİ VE DENETİMİ	285
A. Genel Olarak.....	285
B. Yokluk Sebepleri (Ağır Usul Hataları).....	285
1. Genel Olarak	285
2. Sebepler	287
a. Mahkemeye İlişkin Temel Usul Kurallarının İhlal Edilmesi	287
b. Tarafların Davaya Katılmalarına İlişkin Temel Usul Kurallarının İhlal Edilmesi.....	288
c. Dava Konusuna İlişkin Temel Usul Kurallarının İhlal Edilmesi	288
d. Adil Yargılanma Hakkını Teminat Altına Alan Temel Usul Kurallarının İhlal Edilmesi.....	288
C. Diğer Önemli Usul Hataları.....	289
D. Hatalı Vakıa Tespitleri	292
E. Hatalı Hukuki Değerlendirmeler.....	294
II. TEMYİZ SEBEPLERİ VE DENETİMİ	296
A. Genel Olarak.....	296
B. Yokluk Sebepleri (Ağır Usul Hataları).....	297
1. Genel Olarak	297
2. İlk Derecedeki Yokluk Sebepleri.....	298
C. Diğer Önemli Usul Hataları.....	303
1. Genel Olarak	303
2. İlk Derecedeki Diğer Önemli Usuli Hatalar	306
D. Dava Dosyasına Aykırılık	315
E. Hatalı Hukuki Değerlendirmeler.....	318
1. Genel Olarak	318

2. Yabancı Hukuka Aykırılık.....	321
3. Fiili - Hukuki - Karma Mesele Ayrımı	322
4. İlk Derecedeki Hatalı Hukuki Değerlendirmeler.....	326
§ 10 İSVİÇRE HUKUKUNDA İSTİNAF VE TEMYİZ KANUN YOLU SEBEPLERİ VE DENETİMİ.....	328
I. İSTİNAF SEBEPLERİ VE DENETİMİ	328
A. Genel Olarak.....	328
B. Hatalı Hukuk Uygulaması	330
C. Hatalı Vakıa Tespitleri.....	332
D. Takdir Yetkisinin Yerinde Kullanılmaması	334
II. TEMYİZ SEBEPLERİ VE DENETİMİ	337
A. Genel Olarak.....	337
B. Hukuka Aykırılık.....	338
1. Genel Olarak.....	338
2. Federal Hukuka ve Uluslararası Kamu Hukukuna Aykırılık	339
3. Kantonal Hukuka Aykırılık	340
4. Takdir Hatası	341
5. İhtiyati Tedbire İlişkin Kararın Anayasal Hakları İhlal Etmesi.....	342
6. Yabancı Hukuka Aykırılık.....	343
7. Keyfi Hukuk Uygulaması.....	345
C. Hatalı Vakıa Tespitleri.....	346
1. Fiili Mesele – Hukuki Mesele Ayrımı	346
2. Açıkça Hatalı/Keyfi Vakıa Tespitleri	349
3. Hukuka Aykırı Vakıa Tespitleri	352
SONUÇ.....	354
KAYNAKÇA	364

ÖZET

Çağdaş hukuk devletlerinde mahkeme kararlarının kapsamlı bir denetimi fikri benimsenmekle birlikte, bu denetimin etkinliğinin sağlanması önem arz eder. Bu bağlamda yapılan denetimin içeriği ve kapsamı bakımından kanun yolu mahkemeleri, farklı şekillerde yapılandırılır. İstinaf kanun yolu mahkemeleri, hem bizzat vakıa tespiti yapan hem de hukuk uygulamasını denetleyen bir vakıa mahkemesi olarak yapılandırılmış iken, temyiz kanun yolu mahkemesi, kural olarak, vakıa tespiti yapmayan ancak hem vakıa tespitlerinin hem de hukuk uygulamasının hukuka uygun olup olmadığını denetleyen bir kontrol/denetim mahkemesi olarak yapılandırılmıştır. Hem istinaf hem de temyiz bakımından ortak kanun yolu sebebi hukuka aykırılıktır. Hukuka aykırılık, hukuk ve bu hukukunun ihlali olmak üzere iki unsurdan meydana gelir. Bu bağlamda ihlal/aykırılık, uygulanması gereken bir hukuk kuralının hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Kanun yolu, hukuka aykırılık, istinaf, temyiz

ABSTRACT

In contemporary legal states, the idea of comprehensive scrutiny of court decisions is embraced; however, ensuring the effectiveness of this scrutiny is important. In this context, in terms of the content and scope of the scrutiny, courts of appeal are structured in different ways. Appellate courts are configured as a fact-finding court that both determines the facts and reviews legal application, while the court of cassation, as a rule, does not make determinations regarding the facts but rather functions as a supervisory/audit court that examines both factual determinations and the legality of legal applications. The common ground for both appeal and cassation is unlawfulness. Unlawfulness consists of two elements: violation of law and violation of this law. In this context, violation/violation is the non-application or misapplication of a rule of law that should be applied.

Keywords: Right to appeal, unlawfulness, appeal, cassation

KISALTMALAR

ABD	Ankara Barosu Dergisi
AD	Adalet Dergisi
AK	Avukatlık Kanunu
AMK	Alman Medeni Kanunu
AMUK	Alman Medeni Usul Kanunu
Art.	Artikel
aşa.	aşağıda
Aufl.	Auflage
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AvMUK	Avusturya Medeni Usul Kanunu
AY	Anayasa
AYD	Anayasa Yargısı Dergisi
AYMK	Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun
BAM	Bölge Adliye Mahkemesi
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd.	Band
BGH	Bundesgerichtshof
bkz.	bakınız
C.	Cilt

Çev.	Çeviren
Der.	Derleyen
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dp.	Dipnot
E.	Esas
Einl.	Einleitung
HD.	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBBGK	İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
İBHGK	İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu
İBK	İçtihadı Birleştirme Kararı
İFAY	İsviçre Federal Anayasası
İFMEK	İsviçre Federal Medeni Kanunu
İFMK	İsviçre Federal Mahkeme Kanunu
İFMUK	İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu
İİK	İcra ve İflas Kanunu
İK	İş Kanunu
İKÜHFD	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İMÖHUK	İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu

İMÜHFD	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFEM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA	Juristische Arbeitsblätter
K.	Karar
karş.	karşılaştırınız
Kn.	kenar notu
m.	madde
MİHDER	Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi
MÜHF-HAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
OLG	Oberlandesgericht
s.	sayfa
S.	Sayı
SBE	Sosyal Bilimler Enstitüsü
SJZ	Schweizerische Juristen Zeitung
SÜHFD	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	Tarih
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TL	Türk Lirası
TMK	Türk Medeni Kanunu

TTK Türk Ticaret Kanunu

vd. ve devamı

Vorb. Vorbemerkung

Y. Yıl

Yarg. Yargıtay

Yarg. K Yargıtay Kanunu

yuk. yukarıda

ZBJV Zeitschrift des bernischen Juristenvereins

ZPO Zivilprozessordnung

ZZP Zeitschrift für Zivilprozess

GİRİŞ

Hukuk devletinde, yasama ve yürütmenin yanında yargı kararlarının denetimi de vazgeçilmezdir. Her çağdaş hukuk sistemi, hakimlerin de hatalı kararlar verilebileceğini kabul eder ve -farklı şekillerde de olsa- hatalı olan kararları minimize edebilmek için gerekli araçları sağlar. İşte kanun yolu, özünde, mahkeme kararlarının denetimi, iyileştirilmesi/düzeltilmesi veya onaylanması enstrümanıdır. Kanun yolu denetimi ile alt derece mahkemesinde verilen kararların ve bu kararın dayandığı yargılamaların hukuka uygun olması sağlanarak, hem somut uyuşmazlıkta maddi anlamda doğru karar verilmesi yönünde somut olay adaletine hem de hukukun geliştirilmesi ve hukuk uygulamasında yeknesaklığın sağlanması yönünde kamu menfaatine hizmet edilir. Bu bağlamda kanun yolu denetimi aynı zamanda adil yargılanma hakkı ile etkin hukuki himayenin sağlanmasına önemli bir katkı sağlar. Yine kanun yolu mahkemeleri-özellikle de temyiz mahkemeleri- alt derece mahkemeleri için yol gösterici bir kılavuz fonksiyonuna da sahiptir.

Hukukumuzda 2016 yılında istinaf incelemesini gerçekleştiren Bölge Adliye Mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle birlikte, ilk derece, istinaf ve temyiz olmak üzere üç aşamalı bir yargılama sistemi oluşturulmuştur. Mahkeme kararlarının bu şekilde kapsamlı denetimi hukuk devleti bakımından önemli olmakla birlikte, bu denetimin etkinliğinin sağlanması da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle de yapılan denetimin içeriği ve çerçevesi açısından kanun yolu mahkemeleri, farklı şekillerde yapılandırılır. İstinaf kanun yolu mahkemeleri, hem vakıa tespiti yapan hem de vakıa tespitleri ile hukuk uygulamasını denetleyen bir vakıa mahkemesi iken, temyiz kanun yolu mahkemesi, kural olarak, vakıa tespiti yapmayan ancak hem vakıa tespitlerinin hem de hukuk uygulamasının hukuka uygun olup olmadığını denetleyen bir kontrol/denetim mahkemesidir.

Farklı şekillerde yapılandırılan kanun yolu mahkemelerinde yapılacak denetimin kapsamı bakımından merkezi öneme sahip olan husus, kanun yolu sebepleridir. Kanun yolu sebepleri her bir kanun yolu mahkemesi için farklı şekilde olmakla beraber, hukuka aykırılık, bütün kanun yolu mahkemeleri bakımından ortak bir kanun yolu sebebidir. Hukuka aykırılık, hukuk ve ihlal (aykırılık) olmak üzere iki temel unsurdan oluşur. Diğer bir deyişle, hukuk olarak kabul edilen kuralların uygulanması gerektiği halde hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanması, hukuka aykırılık teşkil eder.

Hukukumuzda istinaf mahkemelerinin faaliyete başlamasıyla birlikte temyiz mahkemesinin yapacağı denetimin önceki dönemlere nazaran değişip değişmediği, hukuka aykırılık ile kastedilen şeyin ne olduğu ve temyiz mahkemesinin vakıa tespitlerinde karşısındaki durumu, gerek öğretide gerekse de uygulamada önemli tartışmalara neden olmuştur. Öte taraftan 2012 yılından bu yana, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa şikayeti yoluyla kendisine yapılan başvurularda, mahkemelerce gerçekleştiren yargılama ve hukuk uygulamasında anayasada yer alan ilgili temel hakların ihlal edilip edilmediğine yönelik denetime başlaması, pratikte de anayasanın ve anayasaya uygun hukuk uygulamasının önemini artırmıştır.

Çalışmamızda, istinaf ve temyiz bakımından ortak bir kanun yolu sebebi olan hukuka aykırılık incelenecektir. Hukuk ve bu hukukun ihlali ile kastedilenin ne olduğunu ve bunun kapsamını ve çerçevesini tespit etmeyi hedeflemekteyiz. Bu bağlamda, anayasa karşısında hakimin konumu da ele alınacaktır.

Çalışmamız dört ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, hukuka aykırılık tespit edilmeden önce, kanun yolunun tanımı, etkileri, kanun yolu denetimi bakımından önem arz eden tasnifler ve kanun yolunun amacı incelenecektir.

İkinci bölümde, kanun yolu sebebinin kanun yolu denetimi bakımından ifade ettiği anlam, ortak kanun yolu sebebi olan hukuka aykırılığın unsurları, hukuka aykırılık türleri, içerik yönünden ve zamansal yönden hukuk kuralları ve bunların uygulanabilirlik şartları ele alınacaktır.

Üçüncü bölümde hukuk kurallarının uygulanma süreci, bu süreçte meydana gelebilecek hukuka aykırılıklar, maddi (fili) mesele -hukuki mesele ayrımı, bu ayrım bağlamında önem arz eden meseleler ile gerçekleştirilebilecek hukuka aykırılıklar ve vakıa tespitlerinde söz konusu olabilecek hukuka aykırılıklar incelenecektir.

Dördüncü bölümde, mukayeseli hukukta istinaf ve temyiz sebepleri ile denetimi ele alınacaktır. Mukayeseli hukukta hukuka aykırılık denetimine ilişkin doğrudan hukukumuz açısından da paralellik taşıyan hususlara ilk üç bölümde yer verilmiştir. Bununla beraber, ilgili ülkelerdeki özgün düzenlemelerin mevcut olması ve bir bütün olarak kanun yolu denetimine ilişkin üst bir bakış açısı sunulmasının faydalı olacağı düşünüldüğünden, ayrı bir bölümde mukayeseli hukuktaki kanun yolu denetimi incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK KANUN YOLU

§ 1 KANUN YOLU KAVRAMI VE KANUN YOLUNUN ETKİLERİ

I. Kanun Yolu Kavramı

Kanun yolu yargılamasında gerçekleştirilecek hukuka aykırılık denetiminin kapsamının belirlenmesinden önce genel olarak kanun yolu kavramının ne anlama geldiği, kanun yoluna başvurmakla birlikte ortaya çıkan hukuki sonuçlar, kanun yolu bakımından yapılan tasnifler ve kanun yolunun amacının ortaya konması önem arz etmektedir.

Kanun yolu kavramından (*Rechtsmittelbegriff*) ne anlaşılması gerektiği, gerek hukukumuzda gerekse de mukayeseli hukukta tartışmalıdır ve bu kavramın mutlak bir tanımı mevcut değildir¹. Tarihsel gelişimi itibariyle bu kavram, en geniş haliyle, kişinin haklarını elde etmek için başvurduğu herhangi bir araç olarak tanımlanmıştır². Ancak bu tanım o kadar geniştir ki, bizzat ihkak-ı hakkın ve tüm dava takiplerinin de kanun yolları arasında sayılması gerekir. Bu nedenle usul hukukunda özel bir üst kavramın oluşturulması gerektiği kabul edilmiştir. Müşterek hukukta, bir karara itiraz etmeye ve daha lehte bir karar vermeye yarayan tüm araçlar kanun yolu olarak ifade edilmiştir. Günümüz usul kanunları bakımından bu müşterek hukuk tarifi de tatmin edici değildir³. Kanun yolu kavramının içeriği, usul hukukunda ilk derece yargılamasının ve özellikle de kanun yolu yargılamasının nasıl yapılandırıldığına bağlı olarak tespit edilmelidir⁴.

Mahkemece verilmiş bir karara karşı koymaya olanak sağlayan hukuki kurumlardan hangilerinin kanun yolu olarak kabul edilmesi gerektiği konusunda çeşitli ayrımlar yapılmaktadır. Bu ayrımlardan ilki, kanun yolu – hukuki çare ayrımı⁵ diğeri ise, geniş anlamda

¹ **Hägi, Ernst**, Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im schweizerischen im und deutschen Zivilprozess, Zürich 1975, s. 28; **Zweifel, Paul**, Revision, Reinigung und Erläuterung nach st. gallischer Zivilprozeßordnung, Freiburg (Schweiz) 1952, s. 3; **Yıldırım, Kamil M.**, Hukuk Devletin Gereği: İstinaf, İstanbul 2000, s. 2.

² **Planck, Johann Julius Wilhelm von**, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts Band II, Besonderer Teil, Nördlingen 1896, s. 426.

³ **Zweifel**, s. 3.

⁴ **Hägi**, s.28; **Yıldırım**, İstinaf, s. 2; **Zweifel**, s. 3.

⁵ **Arslan, Ramazan**, Medenî Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977, s. 8-9; **Akkaya, Tolga**, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s. 53.

kanun yolu – dar ve teknik anlamda kanun yolu ayrımıdır⁶. Mukayeseli hukukta ilk ayrım esas alınmakla birlikte hukukumuzda daha çok ikinci ayrım kullanılmaktadır.

Mukayeseli hukukta kanun yolu (*Rechtsmittel*) kavramı, hukuki çare kavramı (*Rechtsbehelfe*) ile birlikte incelenmekte ve hukuki çare kavramı kanun yolu kavramını da içine alan daha genel ve üst bir başlık olarak kullanılmaktadır⁷. Alman hukukunda ağırlıklı görüşe göre⁸, mahkemece verilen ve henüz kesinleşmemiş olan bir kararın şekli ve dolayısıyla maddi anlamda kesinleşmesini engelleyen (*Suspensiveeffekt*: erteleyici etki) ve söz konusu kararın üst derece mahkemesinde incelenmesini sağlayan (*Devolutiveffekt*: aktarıcı etki) hukuki çarelere kanun yolu denir. Alman Medeni Usul Kanunun (AMUK) üçüncü bölümünde Kanun Yolları başlığı altında düzenlenen ve bu her iki etkiyi de bünyesinde barındıran istinaf (*Berufung* - AMUK m. 511 vd.), temyiz (*Revision* - AMUK m. 542 vd.) ve şikayet (*Beschwerde* - AMUK m. 567 vd.) kanun yolu kabul edilmektedir⁹.

⁶ **Bilge, Necip**, Medeni Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme, Ankara 1973, s. 3 vd.; **Akil, Cenk**, İstinaf Kavramı, Ankara 2010, s.34.

⁷ Hukuki çare kavramı her hukuk düzeninde farklı olarak tanımlanmaktadır. Hukuki çare kavramı ve kanun yolu arasındaki farklar ve detaylı bilgi için bkz. **Arslan**, Yenilenme, s. 39 vd.; **Pekcanitez, Hakan**, İcra İflas Hukukunda Şikayet, Ankara 1986, s. 34; **Gilles, Peter**, 2002 Medeni Usul Hukuku Reformu Sonrası Hipertrofik Bir Medeni Yargının Problem Sahası Olarak Alman Kanun Yolu Sistemi, (Çev. Evrim Erişir), Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, s. 25 vd.; **Stackmann, Nikolaus**, Rechtsbehelfe im Zivilprozess - mit Gebührenübersichten nach neuem und altem Recht, München 2005, s. 1, dp. 2; **Akkaya**, İstinaf, s. 54 vd.; **Özekes, Muhammet**, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2156 vd.

⁸ **Schilken, Eberhard**, Zivilprozessrecht, 7. Aufl., München 2014, s. 398-399, Kn. 862-864; **Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter**, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018, § 134, Kn. 3-9; **Jauernig, Othmar/Hess, Burkhard**, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., München 2011, § 72 , Kn. 1; **Ball, Wolfgang**, in: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsrecht Kommentar, Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.), 16. Aufl., München 2019, Vor § 511, Kn. 1; **Althammer, Christoph**, in: Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 6, Stein, Friedrich/Jonas, Martin, 23. Aufl., 2018, Vor § 511, Kn. 5; **Heßler, Hans-Joachim**, in: Zöller, Zivilprozessordnung, Zöller, Richard (Beg.), 32. Aufl. 2018, Vor § 511, Kn. 4; **Ahrens, Martin**, in: Berufung im Zivilprozess, Eichele, Karl/Hirtz, Bern/Oberheim, Rainer (Hrsg.), 5. Aufl., 2017, s. 1, Kn. 2; **Meller-Hannich, Caroline**, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 2016, s. 152, Kn. 506; **Koch, Raphael**, in: Zivilprozessordnung, Handkommentar, Saenger, Ingo (Hrsg.), 7. Aufl., Münster 2017, Vor § 511-577, Kn. 1; **Paulus, Christoph G.**, Zivilprozessrecht, 5. Aufl., Berlin 2013, s. 220; Kn. 584; **Grunsky, Wolfgang/Jacoby, Florian**, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München 2018, s. 217, Kn. 647; **Stackmann**, Rechtsbehelfe, s. 1, dp. 2. Ayrıca bkz. **Yıldırım**, İstinaf, s. 35 vd.

⁹ **Gilles**'e göre ise bir hukuki çarenin kanun yolu olarak kabul edilebilmesi için ne aktarıcı erteleyici etki sahip belirleyici kriterdir (**Gilles, Peter**, Rechtsmittel im Zivilprozeß, Frankfurt am Main 1972, s. 152 vd. ve 158 vd.; **Gilles, Peter**, Anschliessung, Beschwer, Verbot der reformatio in peius und Parteidispositionen über die Sache in höherer Instanz, ZJP 91 (1978), s. 128 vd. Benzer yönde; **Braun, Johann**, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, Tübingen 2014, s. 977). Kısmi olarak erteleyici etkiyi belirleyici kriter olarak kabul etmeyen; **Rimmelpacher, Bruno**, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2, Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas (Hrsg.), 6. Aufl., München 2020, Vor § 511, Kn. 2; **Kolotouros, Panagiotis**, Der Rechtsmittelgegenstand im Zivilprozeß: Die Rechtsmittel zwischen Kassation und Verfahrensfortsetzung, Berlin 1992, s. 75 vd.; **Saueressig, Christian**, Das System der Rechtsmittel nach dem

Avusturya hukukunda da kanun yolu kavramı hukuki çare kavramı ile birlikte ele alınmaktadır. Hukuki çare kavramı genel bir başlık olarak kanun yolunu da içine alacak şekilde, mahkemece verilen kararların ve belirli usuli durumların değiştirilmesi veya iptal edilmesine yönelik usuli taleplerin tümü olarak ifade edilmektedir¹⁰. Avusturya hukukunda kanun yolu, hukuki himaye talebini hiç veya tam olarak karşılamayan mahkeme kararlarının kontrolünü ve gerekirse bu kararların düzeltilmesini veya iptalini sağlamaya yönelik taraflarca gerçekleştirilen usuli talepler olarak tanımlanmaktadır¹¹. Avusturya Medeni Usul Kanununda (AvMUK) düzenlenen ve hem erteleyici etki hem de aktarıcı etkiye sahip olan istinaf (*Berufung* - AvMUK m. 461 vd.), temyiz (*Revision* - AvMUK m. 502 vd.) ve şikayet (*Rekurs* - AvMUK m. 514 vd.) kanun yolu kabul edilmektedir¹².

İsviçre hukukunda kanun yolu kavramı Alman ve Avusturya hukukuna göre daha geniş kapsamda ele alınmaktadır. Kanun yolu, mahkemece verilmiş olan kararın kontrolü ve gerekirse düzeltilmesi için kanun tarafından tarafların kullanımına sunulmuş olan hukuki çarelerdir¹³. Kanun yolları, içerik açısından hatalı olan yahut hatalı bir yargılama sonucunda

Zivilprozessreformgesetz, München 2008, s. 239. Bu konuda yapılan ayrımın pratik bir değeri olmadığı ve gereksiz olduğu yönünde bkz. **Stein/Jonas/Althammer**, Vor § 511, Kn. 5.

¹⁰ **Fasching, Hans W.**, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Wien 1990, s. 844-854, Kn. 1667-1669; **Fasching, Hans W.**, in: Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Band IV/I, Fasching, Hans W./Konecny, Andreas (Hrsg.), 2. Aufl., Wien 2005, Einleitung, Kn. 1-2; **Holzhammer, Richard**, Österreichisches Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Wien-New York 1976, s. 314; **Kodek, Erich**, in: Kommentar zur Zivilprozessordnung, Rechberger, Walter H. (Hrsg.), 4. Aufl., Wien 2014, Vor § 461, Kn. 1; **Deixler-Hübner, Astrid/Klicka, Thomas**, Zivilverfahren - Erkenntnisverfahren und Grundzüge des Exekutions- und Insolvenzrechts, 10. Aufl., Wien 2017, s. 215; **Kodek, Georg, E./Mayr, Peter G.**, Zivilprozessrecht, Wien 2011, s. 310-311, Kn. 875.

¹¹ **Rechberger Walter H./Simotta, Daphane- Ariane**, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 9. Aufl., Wien, 2017, s. 599, Kn.1051; **Fasching**, Lehrbuch, s. 844, Kn. 1667; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, Vor § 461, Kn. 1; **Holzhammer**, s. 314; **Ballon, Oskar J.**, in: Ballon, Oskar J./Nunner-Krautgasser, Bettina/Schneider, Birgit, Einführung in das Zivilprozessrecht Streitiges Verfahren, 13. Aufl., Wien 2018, s. 288, Kn. 536; **Kodek/Mayr**, s. 310, Kn. 874; **Roth, Marianne/Holzhammer, Richard**, Zivilprozessrecht, 1. Aufl., Wien 2012, s. 95.

¹² **Rechberger/Simotta**, s. 599, Kn. 1051; **Fasching**, Lehrbuch, s. 844; Kn. 1667; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, Vor § 461, Kn. 1; **Holzhammer**, s. 314-315; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 288-289, Kn. 536; **Deixler-Hübner/Klicka**, Zivilverfahren, s. 215-216; **Kodek/Mayr**, s. 310, Kn. 874; **Roth/Holzhammer**, s. 95.

¹³ **Guldener, Max**, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl, Zürich 1979, s. 474; **Habscheid, Walter J.**, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt am Main 1990, s. 426; Kn. 701; **Spühler, Karl/Vock, Dominik**, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, 2. Aufl. 2011, s. 3; **Leuenberger, Christoph/Uffer-Tobler, Beatrice**, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2016, s. 425, Kn. 12.1; **Baumgartner, Samuel/Dolge, Anette/Markus, Alexander R./Spühler, Karl**, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10. Aufl., Bern 2018, s. 397; **Kunz, Oliver M./Hoffmann-Nowotny, Urs H./Stauber, Demian**, ZPO- Rechtsmittel Berufung und Beschwerde Kommentar, Basel 2013, Vor Art. 308 ff., Kn. 1; **Stachelin, Adrian/ Stachelin, Daniel/ Grolimund, Pascal – Stachelin, Adrian/Bachofner, Eva**, Zivilprozessrecht - Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, § 25, Kn. 1.

verilmiş olan mahkeme kararlarının düzeltilmesini sağlar¹⁴. İsviçre hukukunda bir hukuki çarenin kanun yolu olarak nitelendirilmesi bakımından erteleyici ve aktarıcı etki belirleyici kriterler olarak kabul edilmemektedir¹⁵. İsviçre Hukuku'nda kanun yolu sistemi iki aşamalı olarak farklı kanunlarda düzenlenmiştir. İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nda düzenlenen (İFMUK) kantonal düzeyde istinaf (*Berufung* - İFMUK m. 308 vd.), şikayet (*Beschwerde* - İFMUK m. 319 vd.), yargılamanın yenilenmesi (*Revision*¹⁶ - İFMUK m. 328 vd.) kurumları kanun yolu kapsamında ele alınmaktadır. Yine İsviçre Federal Mahkemesi Kanunu'nda (İFMK) düzenlenen ve kantonal mahkemelerce verilen kararlara karşı Federal Mahkemede temyiz (*Beschwerde*¹⁷ - İFMK m. 72 vd.) ve anayasa şikayeti (*Verfassungsbeschwerde* - İFMK m. 113 vd.) ile Federal Mahkemece verilen kararlara karşı yargılamanın yenilenmesi (*Revision* - İFMK m. 121 vd.) kurumları kanun yolu kapsamında incelenmektedir¹⁸.

Hukukumuzda genel olarak kanun yolu kavramı geniş anlamda kanun yolu ve dar anlamda kanun yolu ayrımı yapılarak ele alınır. Geniş anlamda kanun yolu, mahkemece verilen her türlü kararın (ara ve nihai karar) tekrar gözden geçirilmesini ve gerekirse düzeltilmesini veya iptalini sağlayan hukuki çarelerdir¹⁹. Bu tanım uyarınca mahkemece verilen ara kararlara karşı itiraz, istinaf, temyiz, karar düzeltme ve yargılamanın yenilenmesi de kanun yolu kapsamında değerlendirilebilir²⁰. Dar ve teknik anlamda kanun yolu ise, mahkemenin dosyadan

¹⁴ **Spühler/Vock**, s. 3; **ZPO Rechtsmittel – Kunz**, Vor Art. 308 ff., Kn. 1.

¹⁵ Fransız hukuku bakımından da aynı şekilde olduğuna yönelik bkz. **Namlı, Mert**, Türk ve Fransız Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, İstanbul 2014, s. 56-57.

¹⁶ Alman ve Avusturya hukukunda “*Revision*” kavramı ile temyiz kanun yolu kastedilmekle beraber İsviçre hukukunda söz konusu kavram yargılamanın yenilenmesi kurumunu karşılamaktadır.

¹⁷ İsviçre Hukukunda hem Federal Medeni Usul Kanunu'nda hem Federal Mahkeme Kanunu'nda yer alan “*Beschwerde*” kelimesi şikayet anlamına gelmekle birlikte bu kavram, Federal Medeni Usul Kanunu m. 319 ve devamında şikayet kanun yolunu, Federal Mahkeme Kanunu m. 72 ve devamında ise, İsviçre Federal Mahkemesi'nin söz konusu kanuna göre yapacağı temyiz incelemesini karşılamaktadır.

¹⁸ **Meier, Isaak**, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich/Basel/Genf 2010, s. 448; **Berti, Stephen V.**, «Das» Rechtsmittel, in: Haftpflichtprozess 2012 Rechtsmittel nach neuer ZPO und BGG, Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Zürich Basel-Genf 2012, s. 14; **Spühler/ Vock**, s. 11 vd.; **Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler**, s. 407 vd.; **ZPO Rechtsmittel – Kunz**, Vor Art. 308 ff., Kn. 29-36; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s. 437 vd.

¹⁹ **Bilge**, Karar Düzeltme, s. 3; **Arslan**, Yenilenme, s. 8; **Sungurtekin, Meral**, Karar Düzeltmenin Kanun Yolu Niteliği ve Karar Düzeltme Dilekçesinde Sebep Gösterme Zorunluğu Bulunup Bulunmadığı Meselesi, Yargıtay Dergisi, C. 16, S. 4, 1990, s. 472; **Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin**, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2020, s. 599; **Tanrıver, Süha**, Medeni Usul Hukuku, C. 2, Ankara 2021, s. 37-38; **Görgün, Şanal/Börü, Levent/Toraman, Barış/Kodakoğlu, Mehmet**, Medenî Usûl Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2021, s. 647; **Tok, Ozan**, Fransız Ve Türk Medenî Yargılama Hukuklarında Temyiz Mahkemesinin Yapısı Ve İşlevi, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2022, s. 47.

²⁰ **Akkaya**, İstinaf, s. 53; **Karlı, Abdurrahim**, Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2020, s. 753-757.

el çekmesine yol açan ve henüz kesinleşmemiş olan nihai kararlarına karşı başvurulmuş ve söz konusu kararların doğruluğunun başka bir üst mahkemece denetimine olanak sağlayan vasıtalar²¹.

Kanun yolu kavramının tanımı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılmamıştır. HMK'nın sekizinci kısmı Kanun Yolları başlığı altında düzenlenmiş ve bu kısım üç bölüme ayrılmıştır. Birinci bölüm istinaf (HMK m. 341 vd.) ikinci bölüm temyiz (HMK m. 361 vd.) ve üçüncü bölüm yargılamanın iadesi (HMK m. 374 vd.) başlığı altında düzenlenmiştir. Hukukumuzda, kural olarak, sadece nihai karar aleyhine kanun yoluna başvurulabilir, ara kararlara karşı başvurulabilecek bir kanun yolu mevcut değildir (HMK m. 341, 361, 374)²². Bu bağlamda hem ara kararlara hem de nihai kararlara karşı başvuru olarak kabul edilen hukuki çare kavramı hukukumuz bakımından da kanun yolu kavramını aşan bir kavramdır²³. Yargılamanın iadesi yoluna ancak kesin olarak verilen veya kesinleşmiş hükümlere karşı gidilebilir (HMK m. 374) ve yargılamanın iadesi incelemesi kararı veren mahkemece yapılır (HMK m. 378). Bu sebeplerle yargılamanın iadesi kurumunu dar ve teknik anlamda kanun yolu kavramı içerisinde yer almaz²⁴. Dar ve teknik anlamda kanun yolundan söz edilmesi için; mahkemece verilmiş nihai bir karar mevcut olmalı, bu karara karşı başvurunun yapılması ile kararın kesinleşmesi ertelenmeli (erteleyici etki) ve söz konusu kararın denetimi başka bir üst

²¹ **Bilge**, Karar Düzeltme, s. 4; **Arslan**, Yenilenme, s. 9; **Sungurtekin**, Karar Düzeltme, s. 473; **Üstündağ, Saim**, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 816; **Alangoya, Yavuz H./Yıldırım, Kamil M./Deren -Yıldırım, Nevhis**, Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2011, s. 445; **Kuru, Baki/Aydın, Burak**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2020, s. 484; **Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar-Ayvaz, Sema**, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 582; **Karşlı, Abdurrahim**, İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi, İstanbul 1995, s. 20; **Karşlı**, Medeni Muhakeme, s. 754; **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet**, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 8. Baskı, İstanbul 2020, s. 469; **Akil**, İstinaf, s. 35; **Akcan, Recep**, Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999, s. 7; **Yavaş, Murat**, Medeni Usul Hukukunda Temyiz, 2015, s. 15-19; **Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu**, s. 647; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 599-600; **Tanrıver**, Usul C.2, s. 38; **Tok**, Temyiz, s. 47-48.

²² *Yıldırım*'ın haklı olarak ifade ettiği üzere hukuk devleti ilkesi uyarınca kural olarak her türlü mahkeme kararlarının denetimine açık tutulması gerekir. Hukukumuzda mukayeseli hukukta ara karar için öngörülen kanun yollarının mevcut olmaması ciddi bir eksiktir (**Yıldırım**, İstinaf, s. 4). **Özekes** ve **Acar** da ara kararlar bakımından hukukumuzda başvuru yollarının eksik olmasını eleştirmekte ve bu hususta düzenlemesi yapılması gerektiğini belirtmektedir (**Özekes**, Pekcanitez Usul, s. 2157; **Acar, Tuna**, Türk ve Mukayeseli Medeni Yargılama Hukuku Açısından Ara Karar, Ankara 2022, s. 441). Ara karar türleri ve bu kararlara başvuru imkanları bakımından bkz. **Boran-Güneysu, Nilüfer**, Medeni Usul Hukukunda Karar, Ankara 2014, s. 147 vd.; **Acar**, Ara Karar, s. 52 vd., 107 vd.

²³ **Özekes**, Pekcanitez Usul, s. 2156, dp. 8.

²⁴ **Arslan**, Yenilenme, s. 48; **Alangoya/Yıldırım/Deren -Yıldırım**, s. 445; **Namlı**, s. 61.

mahkeme tarafından (aktarıcı etki) yapılmalıdır²⁵. Bu bağlamda kanun yolu, tarafa, aleyhine olan ve henüz kesinleşmemiş olan nihai bir mahkeme kararının ve/veya yargılamanın bir üst mahkemece incelenmesi ve gerekirse düzeltilmesi veya iptali (bozulması) imkanını sağlayan bir hukuki çaredir²⁶. Hukukumuzda bu etkilere sahip kanun yolları istinaf ve temyiz kanun yollarıdır.

II. Kanun Yolunun Etkileri

A. Erteleyici Etki

Erteleyici etki (*Suspensiveeffekt*), aleyhine kanun yoluna başvuru ile nihai mahkeme kararının etkilerinin ortaya çıkmasının önlenmesidir²⁷. Erteleyici etkinin asıl amacı, aleyhine kanun yoluna başvuru ile hükmün iptal edilmesi durumunda, söz konusu hükmün sonuçlarının doğmasının engellenmesidir ve bu yönüyle de erteleyici etkinin teminat işlevinden söz edilir²⁸. Dolayısıyla erteleyici etkinin, kararın kesin hüküm teşkil etmesinin ve icra edilebilmesinin ertelenmesi şeklinde iki boyutu mevcuttur.

Kanun yoluna başvuru ile birlikte mahkemece verilen nihai kararın şekli ve dolayısıyla da maddi anlamda kesin hüküm oluşturması engellenir²⁹. Bu husus kanun yolu başvurusunun doğal bir sonucu olarak kabul edilir. Zira mahkeme kararının kesin hüküm

²⁵ Hukukumuzda dar ve teknik anlamda kanun yolunun hem erteleyici hem de aktarıcı etkiyi taşıdığı kabul edilmekle beraber bu iki etkinin kanun yolu kavramının bakımından belirleyiciliği tartışmalıdır (**Arslan**, Yenilenme, s. 10; **Akcan**, s. 12-13). **Arslan**'a göre, Alman hukukunda hâkim görüş tarafından kabul edilen erteleyici ve aktarıcı etki kriterleri somut, objektif ve pratiktir. Bu nedenle bir kurumun kanun yolu olarak nitelendirilebilmesi için erteleyici ve aktarıcı etkiye sahip olması gerekir (**Arslan**, Yenilenme, s. 44-45).

²⁶ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 445; **Deren-Yıldırım, Nevhis**, Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, s. 8. Hukukumuzda kanun yolu kavramı için yapılan çeşitli tanımlar için ayrıca bkz. **Namlı**, s. 58-61.

²⁷ **Salis, Peter von**, Probleme des Suspensiveffektes von Rechtsmitteln im Zivilprozess- und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich 1981. s. 2-3; **Yıldırım**, İstinaf, s. 35.

²⁸ **Yıldırım**, İstinaf, s. 37.

²⁹ **Meller-Hannich**, ZPR, s. 152, Kn. 506; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 292, Kn. 546; **Vogel, Oscar/Spühler, Karl/Gehri, Myriam A.**, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8. Aufl., Bern 2006, s. 367; **Yıldırım**, İstinaf, s. 35; **Yavaş**, Temyiz, s. 26. **Gottwald**'e göre kanun yoluna başvuru ile ortaya çıkan erteleyici etki sadece aleyhine başvuru ile hükmün maddi anlamda kesinleşmesini ve inşai tesirini engeller (**Gottwald, Peter**, Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts?, Gutachten A für den 61. Deutschen Juristentag, München (1996), A24).

gücüne kavuşması artık değiştirilemeyeceğini ve bağlayıcı hale gelmesini ifade eder³⁰. Kanun yoluna başvurulması ise, kararın doğruluğu ve hukuka uygunluğu konusunda bir belirsizlik durumunu ortaya çıkarır. Bu belirsizlik ortadan kaldırılmadan ve kanun yolunda kararın değiştirilip değiştirilmeyeceği veya bozulup bozulmayacağı belirlenmeden kararın şekli anlamda kesinleşmesi tutarsızlık oluşturur³¹ ve sakıncalı sonuçlar doğurabilir. Bu noktada gerek mukayeseli hukukta gerekse de hukukumuzda istinaf ve temyiz³² kanun yoluna başvurulması halinde kural olarak aleyhine kanun yoluna başvuru mahkeme kararının şekli anlamda kesinleşmesi engellenir³³.

Erteleyici etkinin ikinci boyutu mahkemece verilen nihai kararın icra kabiliyetine ilişkindir. Mahkemece verilen karara karşı kanun yoluna başvurulmasına rağmen kararın icrasının gerçekleştirilmesi ve kanun yolu incelemesinin sonucunun beklenmemesi iki yönden tartışılabilir³⁴. İlk olarak, yukarıda ifade edildiği üzere, kanun yoluna başvurulması, aleyhine başvuru kararın doğru olup olmadığı ve değiştirilip değiştirilmeyeceği yahut bozulup bozulmayacağı belirsizliğini yaratır. Bu belirsizlik ortadan kalkmadan kararın icra edilmesi esasen bir tutarsızlık meydana getirir. İkinci olarak, mahkemece verilen kararın hemen icra edilmesi ve bu suretle alacaklının alacağına kavuşmasının ardından kanun yolu incelemesinde

³⁰ **von Salis**, 6; **Yıldırım**, İstinaf, s. 35; **Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden**, Kesin Hükümün Objektif Sınırları, İstanbul 2009, s. 3 vd.; **Akkaya**, İstinaf, s. 57.

³¹ **Akkaya**, İstinaf, s. 57.

³² İsviçre hukukunda temyiz kanun yoluna başvurulması kural olarak hükmün şekli anlamda kesinleşmesini engellemez (İFMK m. 103). **ZPO Rechtsmittel – Kunz**, Vor Art. 308 ff., Kn. 26; **Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler**, s. 400; **Spühler/ Vock**, s. 3-4; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s. 426, Kn. 12.4-12.5.

³³ Alman hukuku için bkz. **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 134, Kn. 5; **Ahrens**, in: Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 1, Kn. 1-2; **Jauernig/Hess**, § 72, Kn. 1; **Musielak/Voit/Ball**, Vor § 511, Kn. 1; **Stein/Jonas/Althammer**, Vor § 511, Kn. 3-4; **Meller-Hannich**, ZPR, s. 152, Kn. 506-507; **Saueressig**, s. 233 vd.. Avusturya hukuku için bkz. **Fasching**, Lehrbuch, s. 848, Kn. 1672; **Rechberger/Simotta**, s. 599, Kn. 1052; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 292, Kn. 546. İsviçre hukuku için bkz. **Spühler/ Vock**, s. 3-4; **ZPO Rechtsmittel – Kunz**, Vor Art. 308 ff., Kn. 26-27; **Stahelin/Stahelin/Grolimund – Stahelin/Bachofner**, § 25, Kn. 4-5. Türk hukuku için bkz. **Yıldırım**, İstinaf, s. 40-41; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, HMK, s. 469; **Sungurtekin**, Karar Düzeltme, s. 474-475; **Akkaya**, İstinaf, s. 57-60; **Kuru, Baki**, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C. 2, Ankara 2020, s. 1326; **Yavaş**, Temyiz, s. 15-17; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz**, s. 585-585; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 600-601; **Tanriver**, Usul C.2, s. 38-39.

³⁴ Bu husus esasen mahkemece verilmiş eda hükümleri bakımından önem arz etmektedir. Zira kural olarak eda hükümleri dışında verilen tespit hükmü, inşai hüküm ve diğer kararlar icra kabiliyetine sahip olmadığından bu kararlar bakımından icranın ertelenmesi söz konusu olmaz. **von Salis**, s. 88 vd.

icra edilen kararın doğru olmadığına tespit edilip değiştirilmesi veya bozulması ihtimalinde icranın iadesinde sorunlar ortaya çıkabilir^{35/36}.

Alman (AMUK m. 704, 705)³⁷ ve Avusturya hukukunda (AvMUK m. 466, 505)³⁸ istinaf ve temyiz kanun yoluna başvurulması, aleyhine başvurulmuş kararın icra edilmesini de engeller. Ancak taraflar mahkemeye başvurarak hükmün geçici olarak icra edilmesini talep edebilirler³⁹. İsviçre hukukunda da istinaf kanun yoluna başvurulması kararın hem şekli anlamda kesinleşmesini hem de icra edilmesini erteler ve taraflar kararın geçici olarak icra edilmesini mahkemeye başvurarak talep edebilirler (İFMUK m. 315). Ancak temyiz yoluna başvurulması kural olarak hem hükmün şekli anlamda kesinleşmesini (İFMK m. 103) hem de icrasını ertelemez ve bu yüzden olağanüstü kanun yolu olarak nitelendirilir⁴⁰.

Türk kanun koyucusu ise erteleyici etkiyi, kararın şekli anlamda kesinleşmesinin ertelenmesi boyutunda tam olarak kabul etmiş; ancak hükmün icra edilebilirliği bakımından ise mukayeseli hukuktaki anlayıştan farklı bir çözüm tarzını benimsemiştir. Şöyle ki;

Hukukumuzda istinaf ve temyiz kanun yoluna başvurulması kural olarak hükmün icrasını kendiliğinden ertelemez. Mahkemece verilen karar, aleyhine kanun yoluna başvurulmuş olsa bile kural olarak derhal icra edilebilir nitelikte kabul edilir (HMK m. 350/1, m. 367/1). Ancak taraflar İİK m. 36 uyarınca mahkemeye başvurarak, nafaka kararları dışında,

³⁵ **Yavaş**, Temyiz, s. 109. İcranın iadesi hakkında gerçekleştirilmesi ve bu bağlamda İİK m. 40 hakkında detaylı bilgi için bkz. **Akkaya, Tolga**, 5236 ve 5311 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Yeni Kanun Yolu Sistemine Göre İlamlı İcrada İcranın İadesi, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi 2008/11, s. 682 vd.

³⁶ Kanun yoluna başvurulması ile hükmün kesinleşmesinin ve icra edilebilirliğinin ertelenmesinin tespitinde hukuki barışın mümkün olduğunca çabuk tesisi ile doğru bir karara ulaşılması şeklindeki iki zıt menfaatin birlikte dikkate alınması gerekir. Salt doğru karara ulaşılması yönündeki menfaat esas alınır, derdest kanun yolu nedeniyle kararın doğruluğu henüz tespit edilmediğinden kararın hiçbir etki doğurmaması gerekir. **Yıldırım**, İstinaf, s. 36.

³⁷ **Schilken**, ZPR, s. 399, Kn. 864; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 134, Kn. 4-6; **Meller-Hannich**, ZPR, s. 152, Kn. 506; **Musielak/Voit/Ball**, Vor § 511, Kn. 1; **Stein/Jonas/Althammer**, Vor § 511, Kn. 3.

³⁸ **Fasching**, Lehrbuch, s. 848, Kn. 1672; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, Vor § 461, Kn. 4; **Rechberger/Simotta**, s. 599, Kn. 1052; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 292, Kn. 546; **Kodek/Mayr**, s. 311, Kn. 877.

³⁹ Hükmün kesinleşmeden önce herhangi bir zamanda icra edilebilmesi anlamına gelen geçici icra edilebilirlik hususunda bkz. **Özbek, Mustafa Serdar**, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 715 vd.

⁴⁰ **Spühler, Karl**, Rechtsmittel, ZZZ 2007, s. 395; **Spühler/ Vock**, s. 3-4; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s. 426, Kn. 12.5-12.5; **Stachelin/Stachelin/Grolimund – Stachelin/Bachofner**, § 25, Kn. 4-5; **ZPO Rechtsmittel – Kunz**, Vor Art. 308 ff., Kn. 26; **Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler**, s. 400.

kararın icrasının ertelenmesini (durdurulmasını) talep edebilirler⁴¹. Bununla beraber, kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmazın aynına ilişkin kararlar kesinleşmedikçe icra edilemezler (HMK m. 350, 367)⁴². Hukukumuzda kabul edilen bu sistemin temelinde, ilk derece yargılamasında karar lehine olan alacaklının ayrıca kanun yolu aşamasının sonuna kadar bekletilmesi halinde alacağına geç ulaşma tehlikesini engelleme⁴³ ve icranın daha hızlı gerçekleştirilmesi düşüncesi ağır basmaktadır⁴⁴.

B. Aktarıcı Etki

Aktarıcı etki (*Devolutiveffekt*), kanun yoluna başvurulması halinde, aleyhine kanun yoluna başvurulmuş mahkeme kararının incelenmesinin, kararı veren mahkemece değil, bir üst mahkemece gerçekleştirilmesi ve karara bağlanmasıdır⁴⁵. Mahkemece verilen kararın incelenmek üzere bir üst mahkemeye aktarılması etkisine geliştirici etki de denmektedir⁴⁶. Kanun yolu incelemesinin bizzat kararı veren mahkemece gerçekleştirildiği ve dolayısıyla aktarıcı etkiye sahip olmayan kanun yollarına (remonstrativ kanun yolu) günümüz usul kanunlarında çok fazla yer verilmemektedir⁴⁷.

Aleyhine kanun yoluna başvurulmuş mahkeme kararının bir üst mahkeme tarafından incelenmesi daha fazla masraf ve zaman gerektirir. Zira dava dosyası ilk defa önüne gelen kanun yolu mahkemesinin kendisine gönderilen dosya hakkında bilgi edinmesi ve karar verebilmesi, uyuşmazlık hakkında daha önceden karar veren ve dava dosyasına hâkim olan

⁴¹ Bu hususta detaylı bilgi için bkz. **Akkaya**, İstinaf, s. 57 vd.; **Berksoy, İrem**, Kanun Yoluna Başvurunun İcraya Etkisi, Legal Hukuk Dergisi, Haziran 2007, s.1850 vd.

⁴² Kesinleşmedikçe icra edilemeyecek kararlar hakkında bkz. **Yavaş**, Temyiz, s. 110 vd.; **Berksoy**, s. 1848-1850.

⁴³ **Yavaş**, Temyiz, s. 109.

⁴⁴ **Konuralp, Haluk**, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Tasarısına Göre İstinaf Derecesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı II-III, İstinaf Derecesi Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Birlikli İflasın Ertelenmesi, Eskişehir 3-5 Ekim 2003, 1-2 Ekim 2004, Ankara 2007, s. 34.

⁴⁵ **Baumgarnetr/Dolge/Markus/Spühler**, s. 399; **Spühler/ Vock**, s. 3; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 134, Kn. 7; **Stein/Jonas/Althammer**, Vor § 511, Kn. 3; **Jauernig/Hess**, § 72, Kn. 1; **Fasching**, Lehrbuch, s. 847, Kn. 1671; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 292, Kn. 545; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 446; **Yıldırım**, İstinaf, s. 41; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 816; **Sungurtekin**, Karar Düzeltme, s. 475; **Yavaş**, Temyiz, s. 17; **Akkaya**, İstinaf, s. 61; **Özekes**, Pekcanıtez Usul, s. 2158; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 600; **Tanrıver**, Usul C.2, s. 38. *Schilken*'e göre aktarıcı etki, kanun yoluna başvurulması ile hukuki uyuşmazlığın üst mahkemeye havale edilmesidir (**Schilken**, ZPR, s. 399-400, Kn. 864).

⁴⁶ **Yıldırım**, İstinaf, s. 41; **Yavaş**, Temyiz, s. 17.

⁴⁷ **Yıldırım**, İstinaf, s. 41; **Akkaya**, İstinaf, s. 61. Aktarıcı etkiye sahip olmayan (*remonstrativ*) kanun yolu için bkz. **Fasching**, Lehrbuch, s. 847, Kn. 1671; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, Vor § 461, Kn. 4.

mahkemenin kendi vermiş olduğu kararı tekrar gözden geçirmesine göre daha fazla zaman alır ve masrafa yol açar⁴⁸. İlâveten mahkemelerin yatay değil, alt-üst derece mahkemesi şeklinde dikey yapılanması kanun yolunun işlevi ve amaca uygunluğu yönüyle hukuki değil, tarihi açıdan yerel ve merkezi yönetim arasındaki iktidar mücadelesinin yansıması olarak politik sebebe dayanmaktadır⁴⁹.

Bununla birlikte kararın aynı mahkeme tarafından tekrar incelendiği kanun yolunda başarı şansı düşüktür⁵⁰. Yine kararın, kararı veren mahkeme dışında bir üst mahkemede daha tecrübeli, bilgili ve uzmanlaşmış hâkim heyeti tarafından incelenmesi kanun yolunun en önemli avantajlarından biri olarak kabul edilir⁵¹. Zira bu durum, aleyhine bir üst mahkemeye başvurulmuş mahkeme kararındaki hukuka aykırılıkların daha kolay tespit edilmesine ve bir üst mahkemece yapılacak incelemede objektifliğin tesisine ve üst mahkemece verilecek kararlar tarafların daha üst düzeyde tatmin edilmesine hizmet eder⁵². İlâveten, kararın bir üst derece mahkemesince incelenmesi mahkeme kararlarında yeknesaklığın sağlanması⁵³ ve dolayısıyla

⁴⁸ **Fasching**, Lehrbuch, s. 847, Kn. 1671.

⁴⁹ **Kolotouros**, s. 23-24; **Yıldırım**, İstinaf, s. 42; **Akil**, İstinaf, s. 49. Mahkeme kararlarının tek tip/yeknesak bir şekilde kontrol edilmesi, merkezi mutlak yetkililiğin feodalizmin ayrıştırıcı eğilimleri üzerindeki nihai zaferidir (**Caponi, Remo**, Der italienische Kassationsgerichtshof vor dem Hintergrund des deutschen Revisionsrechts, ZZP 115 (2002), s. 225).

Kanun yolu yargılamasının tarihsel açıdan dayandığı politik temeller hususunda bkz. **Öztek, Selçuk**, Temyiz Kanun Yolunun Tarihçesine İlişkin Bazı Tespitler, MÜHAD, C. 21, Özel Sayı: Mehmet Akif Aydın'a Armağan, 2015, s. 123 vd.; **Öztek, Selçuk**, Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf Kanun Yolu, Amacı ve Felsefesi, Türk Hukukunda İstinaf Reformu Sonrası Yargıtay'ın Temyiz İncelemesinde Hukukilik Denetiminin Sınırları Sempozyumu, Ankara 20-21 Nisan 2017, s. 172 vd.; **Öztek, Selçuk**, Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 341-m. 373 Şerhi, Ankara 2021, s. 48 vd.; **Harras von Harrasowsky, Philipp Ritter**, Die Rechtsmittel im Civilprocesse nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung, Wien 1879, s. 2 vd.; **Weitzel, Jürgen**, Der Kampf um die Appellation am Reichskammergericht, Zur politischen Geschichte der Rechtsmittel in Deutschland, Köln 1976, s. 341 vd.; **Weitzel, Jürgen**, Politisch fremdbestimmte Rechtsmittel - noch heute? Zugleich ein Beitrag zur Justizreform, Demokratie und Recht 1975, s. 353 vd.; **Tok**, Temyiz, s. 5 vd. Genel olarak kanun yolunun politik amaçları hususunda bkz. **Schafft, Thomas**, Selektion von Rechtsmittelverfahren durch gesetzliche Zugangsbeschränkungen, München 2005, s. 159 vd.

⁵⁰ **Akil**, İstinaf, s. 49.

⁵¹ **Fasching**, Lehrbuch, s. 847, Kn. 1671; **Akkaya**, İstinaf, s. 61, **Akil**, İstinaf, s. 49.

⁵² **Yavaş**, Temyiz, s. 17.

⁵³ **Akil**, İstinaf, s. 49.

kanun önünde eşitlik ilkesinin gerçekleştirilmesi bakımından daha elverişlidir⁵⁴. Modern usul kanunlarında aktarıcı etkiye sahip kanun yollarının mutlak üstünlüğü söz konusudur⁵⁵.

Kanun yolu yargılamasının asıl fonksiyonunun kontrol ve iptal olduğunu belirten *Gilles*'e göre ise, ne erteleyici etki ne de aktarıcı etki bir hukuki çarenin kanun yolu olduğunun tespiti bakımından belirleyicidir⁵⁶. Erteleyici etki, kanun yoluna başvurulmakla birlikte çoğu zaman kendiliğinden ortaya çıkmakta ise de, bu etki kanun yolu kavramının kurucu unsuru değildir⁵⁷. Kanun yollarının temel görevi, iptali talep edilen kararın doğruluğuna ilişkin varsayımı bertaraf etmektir⁵⁸ ve kanun yolları yargı kararlarındaki muhtemel yanlışlıkları ve hataları kontrol etmek⁵⁹ ve kararın iptalini sağlamak için başvuru bir araçtır⁶⁰. Dolayısıyla kararın kontrolünün ve iptalinin hangi mahkeme tarafından yapıldığı önemli değildir ve hükmün incelenmek üzere bir üst mahkemeye aktarılması da kanun yolu kavramı bakımından kurucu bir unsur değildir⁶¹. Yine *Gilles*'e göre mahkeme kararının iptaline yönelik olan hukuki çareler, kanun yolu ile yapısal ve işlevsel yönden aynı olmasa bile, hukuka aykırı ve aleyhte olan bir kararın iptali temelinde akraba kurumlardır⁶².

Kanaatimizce de, bir mahkeme kararının etkisinin bertaraf edilmesine yönelik olarak bu kurumlar birbirine yakın olmakla beraber, söz konusu kurumlar aynı kategoride değerlendirilmemelidir. Zira aksi takdirde bu kurumlar birbirine benzetilmeye çalışılarak yanlış sonuçlar çıkarılabilir⁶³. Ayrıca erteleyici ve aktarıcı etki kriterleri, objektif, somut ve

⁵⁴ Yargı kararlarında içtihat birliğinin sağlanması ülke genelinde kanun önünde eşitlik ilkesinin hayat bulmasını sağlar. **Öztek, Selçuk**, HUMK m. 427'deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 10.1.1986 Tarihli Kararı, MÜHF-HAD, C. 2, S. 2, 1987, s. 66-67; **Öztek**, Kanun Yolu, s. 126; **Öztek**, İstinaf, s. 177; **Öztek**, Şerh, s. 54-55.

⁵⁵ **Akkaya**, İstinaf, s. 61, **Akil**, İstinaf, s. 49.

⁵⁶ **Gilles**, Rechtsmittel, s. 187; **Gilles, Peter**, Ziviljustiz und Rechtsmittelproblematik, Köln 1992, s. 108-110.

⁵⁷ **Gilles**, Anschliessung, s. 128 vd.

⁵⁸ **Gilles**, Rechtsmittel, s. 14; **Gilles, Peter**, Die Berufung in Zivilsachen und die zivilgerichtliche Instanzenordnung, in: Humane Justiz, Die deutschen Landsberichte zum ersten internationalen Kongreß für Zivilproßrecht, Gilles, Peter (Hrsg.), Gent 1977, s.157-158.

⁵⁹ **Gilles, Peter**, Almanya'da Kararlara Karşı Kanun Yolları: Çeşitlilik, Karmaşıklık, Klişeler ve Sorgulanabilir Meşruiyet, (Çev. Abdulkadir Haşhaş), DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı: Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014, s. 127.

⁶⁰ **Gilles**, Rechtsmittel, s. 13-14.

⁶¹ **Gilles**, Rechtsmittel, s. 186-187.

⁶² **Gilles**, Hipertrofik, s. 26.

⁶³ **Özekes**, Pekcanitez Usul, s. 2156, dp. 8.

uygulanmaya daha elverişlidir⁶⁴. Her iki etkinin kanun yolu kavramının içeriğinin belirlenmesi bakımından ölçüt olarak kabul edilmesi, kanun yollarının ayırt edici özelliklerinin belirlenmesini ve kanun yollarının kendi arasında tasnifini daha anlaşılır kılacak ve bu husustaki görüş ayrılıklarını asgari seviyeye indirecektir⁶⁵. İlaveten hukukumuzda kural olarak yalnızca nihai kararlar aleyhine kanun yoluna başvurulabileceği ve usul hukukumuzdaki kanun yoluna ilişkin diğer düzenlenmeler dikkate alındığında kanun yolu kavramının, erteleyici etki ve aktarıcı etki dikkate alınmaksızın, genişletici bir şekilde ele alınmasının yerinde bir yaklaşım olmayacağı kanaatindeyiz^{66/67}.

⁶⁴ **Arslan**, Yenilenme, s. 44; **Akcan**, s. 13.

⁶⁵ **Akcan**, s. 13.

⁶⁶ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 445; **Deren-Yıldırım**, Kanun yolları, s. 8; **Arslan**, Yenilenme, s. 44; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 816; **Karlı**, Medeni Muhakeme, s. 754; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, HMK, s. 469.

⁶⁷ “...Türk hukukunun da tabi olduğu hukuk sistemlerinde üst kavram olan hukuki başvuru ya da hukukî çare ile, onun altında yer alan kanun yolu farklı kavramlardır. Örneğin, icra hukukunda şikâyet, karşı taraf dinlenmeden verilen tedbir kararına karşı itiraz birer hukukî çaredir. Ancak bunlar teknik anlamda bir kanun yolu değildir. Zira, mahkeme kararlarında kanun yolu denetiminin söz konusu olabilmesi için iki unsur önemlidir. Birincisi erteleyici etki, ikincisi aktarıcı etkidir. Yani, kanun yoluna başvuru ile kararın kesinleşmesi ertelenebilmeli ve ayrıca inceleme bir üst organa aktarılarak bir üst yargı organı tarafından incelenmesi gerekmektedir. Mahkemenin kararına karşı yine aynı mahkemeye başvurulması veya eş düzeyde bir başka mahkemeye başvurulabilmesi: bu nedenlerle bir kanun yolu denetimi sayılmaz. Bu nedenle “itiraz” bir kanun yolu olmayıp; HMK.da da kanun yolu olarak sayılmamıştır. Bu çerçevede istinaf ve temyiz birer kanun yolu olduğu şüphesizdir...” Yargıtay İBHGK, 21.02.2014 T., 2013/1 E., 2014/1 K.

§ 2 KANUN YOLUNUN TASNİFİ VE AMACI

I. Kanun Yollarının Tasnifi

A. Genel Olarak

Kanun yolları, gerek hukukumuzda gerekse de mukayeseli hukukta farklı şekillerde tasnif edilmektedir. Bu konuda yapılan tasniflerde farklı kriterler esas alınmakta olduğundan yapılan tasnifler farklı olduğu gibi bu tasniflere verilen anlamlar da aynı değildir⁶⁸. Yapılan tasnifler kanun yollarının daha iyi anlaşılması ve kurumlar arasındaki farkların ortaya konması bakımından yararlıdır. Ancak yapılan tasniflerin tamamına bütün ayrıntılarıyla yer vermek çalışma konumuzu aşacağından yalnızca kanun yolu kavramının içeriğine ilişkin olan ve kanun yolunun denetimi bakımından önem arz eden tasnifler ana hatları ile ele alınacaktır.

B. Olağan-Olağanüstü Kanun Yolu Ayrımı

Olağan-olağanüstü kanun yolu ayrımının temeli Fransız hukukuna dayanmaktadır. Fransız hukukuna göre olağan kanun yolları, başvuru için o konuda özel bir kanun hükmü gerektirmeyen, aksi yönde bir düzenleme bulunmadıkça her türlü karara karşı başvurulabilen ve herkese açık olan kanun yollarıdır. Olağanüstü kanun yolları ise, sadece kanunda açıkça öngörülen istisnai hallerde ve ancak kanunda belirtilen kişiler tarafından başvurulabilen kanun yollarıdır. Fransız Medeni Usul Kanunu'na göre (FMUK m. 527), istinaf ve itiraz olağan; üçüncü kişinin itirazı, yargılamanın yenilenmesi ve temyiz ise olağanüstü kanun yollarıdır⁶⁹. Görüldüğü üzere Fransız hukukunda bu ayrım salt öğreti ya da içtihatlarla dile getirilen bir ayrım olmayıp açık bir kanuni temele sahiptir.

İsviçre hukukunda da olağan-olağanüstü kanun yolu ayrımı yapılmakla beraber bu ayrım için kullanılan kriterler farklılık arz etmektedir ve bu hususta bir görüş birliği

⁶⁸ Kanun yolları; başvuruya konu kararın esasa ilişkin olup olmaması, erteleyici ekiye sahip olup olmaması, aktarıcı etkiyi taşıyıp taşınamaması, başvurunun derhal-önceden bildirimde bulunmak suretiyle yapılması, karşı tarafa savunma hakkının tanınıp tanınmaması, karara karşı doğrudan başvuru yapıp yapılamamasına göre de farklı kıstaslara esas alınarak tasniflere tabi tutulmaktadır. Bu hususta bkz. **Yıldırım**, İstinaf, s. 44 vd.; **Deren-Yıldırım**, **Nevhis**, İstinafa Başvuru Şartları, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı XV, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf, Antalya 6-7 Ekim 2017, s. 17 vd.; **Bilge**, Karar Düzeltme, s. 14 vd.; **Arslan**, Yenilenme, s. 42 vd.; **Sungurtekin**, Karar Düzeltme, s. 476 vd.; **Fasching**, Lehrbuch, s. 846 vd.; **Guldener**, s. 484 vd.; **Akkaya**, İstinaf, s. 93 vd.; **Akil**, İstinaf, s. 44 vd.

⁶⁹ **Bierschenk**, **Lars**, Die zweite Instanz im deutschen und französischen Zivilverfahren, Bonn 2015, s. 5-6; **Konuralp**, **Haluk**, Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafin Yeri, Hukuk Davaları Açısından, AÜHFD, C. 50, S. 1, 2001, s. 27; **Konuralp**, **Haluk/Hanağası**, **Emel**, Fransız Hukuku'nda İptal Amaçlı İstinaf Yolu, Legal Hukuk Dergisi, Haziran 2007, s. 1797 vd.; **Namlı**, s. 70-71; **Tok**, Temyiz, s. 67.

bulunmamaktadır. Bugün genel kabul gören anlayışa göre, olağan kanun yolları, henüz kesinleşmemiş kararlara karşı başvuru kanun yollarıdır. Buna karşılık olağanüstü kanun yolları ise, kesinleşmiş kararlara karşı başvurulabilen kanun yollarıdır⁷⁰. Olağan kanun yolları, aleyhine başvuru kararın kesin hüküm kuvvetine kavuşmasını ve icra edilebilirliğini, kanun yolu talepleri kapsamında, erteler. Olağanüstü kanun yollarına başvurulması ise, kanunen kendiliğinden kararın kesin hüküm teşkil etmesini ve icra edilebilirliğini ertelemeyiz⁷¹. Bu nedenle erteleyici etkiye sahip olan istinaf olağan kanun yoludur. Erteleyici etkiye sahip olmayan şikayet, temyiz ve yargılamanın yenilenmesi ve anayasa şikayeti olağanüstü kanun yollarıdır^{72/73}.

Hukukumuzda da yaygın olarak olağan-olağanüstü kanun yolu ayrımı yapılmakla birlikte hangi kurumun olağan, hangi kurumun ise olağanüstü kanun yolu olduğu konusunda esas alınacak kıstaslar konusunda görüş birliği bulunmamaktadır⁷⁴. Öğretide bu konuda çoğunlukla kabul edilen kıstas, aleyhine kanun yoluna başvuru kararın şekli anlamda kesinleşip kesinleşmediğidir. Buna göre, henüz şekli anlamda kesinleşmemiş mahkeme kararına karşı başvuru kanun yoluna olağan kanun yolu, şekli anlamda kesinleşmiş mahkeme kararına karşı başvuru kanun yoluna ise olağanüstü kanun yolu denir⁷⁵. Bu

⁷⁰ **Guldener**, s. 485; **Habscheid**, s. 426-427; **Spühler/Vock**, s. 3-4; **Staehelin/Staehelin/Grolimund – Staehelin/Bachofner**, § 25, Kn. 3-4; **Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler**, s. 400; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s. 427, Kn. 12.5; **Zweifel**, s. 5; **Brunner Alexander**, in: *Kurzkommentar ZPO*, Oberhammer, Paul/Domej Tanja/Haas, Ulrich (Hrsg.), Basel 2014, Vor Art. 308-334, Kn. 6-7.

⁷¹ **Spühler/Vock**, s. 3-4; **Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler**, s. 400; **KUKO ZPO – Brunner**, Vor Art. 308-334, Kn. 6-7; **Seiler, Benedikt**, *Die Berufung nach ZPO*, Zürich/Basel/Genf 2013, s. 73, Kn. 79.

⁷² **Spühler/Vock**, s. 4; **Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler**, s. 400.

⁷³ Avusturya Hukuku'nda olağan-olağanüstü kanun yolu ayrımı şekli olarak mevcut değildir. AvMUK'da 1983 yılında yapılan değişiklikle yer verilen olağanüstü temyiz (*außerordentliche Revision*- AvMUK m. 505/III) ve olağanüstü temyiz şikayeti (*außerordentliche Revisionsrekurs*- AvMUK m. 538/III) her ne kadar olağanüstü ifadesini taşısa da her iki yola başvuru hükmün kesinleşmesinden önce yapıldığı için olağan kanun yolu olarak kabul edilmektedir. Avusturya Hukuku'nda olağanüstü kanun yolları işlevini, bağımsız nitelikte bulunan iptal davası (*Nichtigkeitsklage*), yargılamanın yenilenmesi (*Wiederaufnahmsklage*) ve hakem mahkemesi kararının kaldırılması için açılan davaların (*Klagen auf Aufhebung eines Schiedsspruchs*) birer hukuki çare olarak üstlendikleri ifade edilmektedir. **Fasching**, Lehrbuch, s. 846-847, Kn. 1670; **Rechberger/Simotta**, s. 599, dp. 1.

⁷⁴ Bu hususta kanun yoluna başvurma yetkisinin herkese tanınmış olup olmadığı, kanun yoluna başvurma sebeplerinin kanunda sınırlı bir şekilde sayılmış olup olmaması, bu sebeplerin kontrol mercii tarafından re'sen dikkate alınıp alınmaması, yapılan başvurunun reddinin cezai bir yaptırım gerektirip gerektirmediği gibi kullanılan farklı kıstaslar ve detaylı bilgi için bkz. **Bilge**, Karar Düzeltme, s. 15 vd.; **Arslan**, Yenilenme, s. 42 vd.; **Akil**, İstinaf, s. 47 vd.; **Namlı**, s. 73 vd.

⁷⁵ **Berkin, Necmettin**, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969, s. 212; **Bilge**, Karar Düzeltme, s. 16; **Bilge, Necip/Önen, Ergun**, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978, s. 640; **Ansay, Sabri Şakir**, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Ankara 1960, s. 377; **Kuru**, HMK El Kitabı, C. 2, s. 1326-1327; **Kuru/Aydın**, s. 485; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz**, s. 584-585; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, HMK, s. 469; **Karşı**, Medeni Muhakeme, s. 756; **Sungurtekin**, Karar Düzeltme, s. 477; **Yılmaz, Ejder**, Olağanüstü

yaklaşım esas alınır, istinaf ve temyiz olağan; yargılamanın yenilenmesi ise olağanüstü kanun yoludur⁷⁶. Ancak kanaatimizce bir hukuki kurumun teknik anlamda kanun yolu olarak kabul edilebilmesi için hem erteleyici hem de aktarıcı etkiye sahip olması gerekir. Yargılamanın yenilenmesinde ise her iki etki de mevcut olmadığından yargılamanın yenilenmesi teknik olarak bir kanun yolu değildir⁷⁷.

C. Düzeltici – Bozucu Kanun Yolu Ayrımı

Düzeltici - bozucu kanun yolu ayrımı, kanun yolu denetimini gerçekleştiren mahkemenin, verebileceği kararların niteliğine, alt-üst mahkeme ilişkisinde sahip olduğu yetkiye ve dava hakkında bizzat karar verme imkanına sahip olup olmamasına dayanmaktadır⁷⁸.

Düzeltici kanun yolunda, denetimi gerçekleştiren üst mahkeme, kanun yolu başvurusu haklı ise, yalnızca alt derece mahkemesinin kararını iptal etmekle kalmaz; aynı zamanda dava hakkında bizzat yeni bir karar verir⁷⁹. Bu kanun yolunda, üst mahkeme, alt derece mahkemesinin kararında hukuka aykırılık tespit ettiği takdirde, dava dosyasını kararı veren alt derece mahkemesine geri göndermez. Aksine üst mahkeme, kural olarak, bu hukuka aykırılıkları bizzat gidererek dava hakkında yeni bir karar verir⁸⁰.

Temyiz, Ankara 2003, s. 49; **Akkaya**, İstinaf, s. 95; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 599; **Tanrıver**, Usul C.2, s. 41; **Tok**, Temyiz, s. 51. Ayrıca bkz. **Namlı**, s. 73-75.

⁷⁶ Yargıtay’a göre de yargılamanın yenilenmesi yoluna şekli anlamda kesinleşmiş kararlara başvurulduğundan dolayı bu yol olağanüstü bir kanun yoludur. “Yargılamanın yenilenmesi, ancak maddi ve şekli anlamda kesinleşmiş kararlara karşı gidilebilen bir olağanüstü kanun yolu olduğu hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıktır.” Yargıtay 15.HD, 20.02.2020 T., 2019/1800 E., 2020/691 K. Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK, 6.11.2018 T., 2016/22-388 E., 2018/1607 K.

⁷⁷ Yargılamanın yenilenmesini teknik olarak kanun yolu kabul etmeyen; **Aslan**, Yenilenme, s. 48; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 446; **Umar, Bilge**, Türk Medeni Usul Hukukunda İadei Muhakeme, İÜHF, C. 29, S. 1-2, 1963, s. 264-265; **Akil**, İstinaf, s. 48; **Namlı**, s. 75.

⁷⁸ **Weitzel, Jürgen**, Grundzüge des Rechts der Rechtsmittel, Jus 1992, s. 626-627; **Yıldırım**, İstinaf, s. 50. Kanun yolu yargılamasında verilen kararlar bakımından da düzeltici (*iudicium rescissouirum*) ve bozucu (*iudicium rescindens*) karar ayrımı yapılmaktadır. Düzeltici ve bozucu nitelikte kararların birbiriyle ilişkilendirilmesi ve alt-üst mahkeme yetkilerinin belirlenmesi neticesinde ortaya farklı kanun yolu modelleri çıkar. Saf bozma modelinde üst mahkemenin haksız ve hukuka aykırı kararı iptal etme yetkisi vardır. Hukuki uyumsuzluk her yönüyle yalnızca genel mahkemelerde hükme bağlanabilir. Üst mahkemenin bozma kararı sonucunda dosya tekrar kararı vermiş olan mahkemeye gönderilir. Bu mahkeme bozma kararı ile bağlı olmaksızın dava hakkında yeniden karar verir. Bu kanun yolu modeline Fransız Hukuku’ndaki temyiz derecesinde rastlanmaktadır (**Weitzel**, Grundzüge, s. 626-627; **Yıldırım**, İstinaf, s. 50; **Akil**, İstinaf, s. 55).

⁷⁹ **Guldener**, s. 487; **Fasching**, Lehrbuch, s. 850, Kn. 1675; **Vogel/Spühler/Gehri**, s. 368; **Spühler/Vock**, s. 5; **Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler**, s. 400; **Yıldırım**, İstinaf, s. 51; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, HMK, s. 469; **Akil**, İstinaf, s. 55; **Özekes**, Pekcanitez Usul, s. 2160; **Karşlı**, Medeni Muhakeme, s. 757; **Tanrıver**, Usul C.2, s. 44.

⁸⁰ **Özekes**, Pekcanitez Usul, s. 2160; **Karşlı**, Medeni Muhakeme, s. 757.

Bozucu kanun yolunda ise, kanun yolu denetimini yapan üst mahkeme, aleyhine kanun yoluna başvurulmuş mahkeme kararını ya da gerektiği takdirde hatalı alt derece yargılamasının tamamını iptal eder⁸¹. Bu kanun yolunda, denetimi gerçekleştiren üst mahkemenin, hukuka aykırı ve hatalı olan alt derece mahkemesinin kararını, kural olarak sadece iptal etme yetkisi mevcut olup, dava hakkında yeni bir karar verme yetkisi yoktur⁸². Üst mahkeme, alt derece mahkemesinin kararında hukuka aykırılık tespit ettiği takdirde, bu kararı iptal eder ve yeniden yargılama yapıp hukuka uygun yeni bir karar vermesi için dava dosyasını alt derece mahkemesine geri gönderir^{83/84}.

İstinaf mahkemesi, kanunda öngörülen istisnai haller (HMK m. 353/1-a) dışında, kural olarak, ilk derece mahkemesi yargılamasında veya kararında hukuka aykırılık tespit ettiği takdirde dava dosyasını ilk derece mahkemesine geri göndermez. Bu durumda istinaf mahkemesi, bu hukuka aykırılıkları bizzat gidererek dava hakkında yeni bir karar verir. Bu nedenle istinaf, düzeltici bir kanun yoludur⁸⁵.

Temyiz kanun yolunda ise, temyiz mahkemesi alt derece mahkemesinin kararında hukuka aykırılık tespit ettiği takdirde kural olarak bu hukuka aykırılığı bizzat giderip dava hakkında yeni bir karar veremez. Bu halde temyiz mahkemesi, dava dosyasını, yeniden yargılama yapıp hukuka uygun bir şekilde yeni bir karar vermesi için, alt derece mahkemesine geri gönderir (HMK m. 373). Dolayısıyla temyiz, bozucu bir kanun yoludur⁸⁶.

D. Tam – Sınırlı Kanun Yolu Ayrımı

Tam- sınırlı kanun yolu ayrımı da, temelde kanun yolu mahkemelerinin yapacakları incelemenin ve verebilecekleri kararların farklı şekillerde yapılandırılmasından doğan bir

⁸¹ **Fasching**, Lehrbuch, s. 850, Kn. 1675.

⁸² **Yıldırım**, İstinaf, s. 50.

⁸³ **Guldener**, s. 487; **Vogel/Spühler/Gehri**, s. 368; **Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler**, s. 400; **Spühler/Vock**, s. 5; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, HMK, s. 469; **Karşı**, Medeni Muhakeme, s. 757; **Özekes**, Pekcanitez Usul, s. 2160; **Tanrıver**, Usul C.2, s. 43 .

⁸⁴ Bu husus doğal olarak yargılamanın daha uzun sürmesini yol açar ve bireye tanınan hukuki korumaya zarar verebilir. Bu nedenle düzenleyici kanun yolunun hem daha ekonomik hem de amaca daha uygun olduğu kabul edilir. Avusturya hukukunda da kanun yolları hem düzeltici hem de bozucu olarak düzenlenmiştir. Ancak kural olarak, kanun yolu mahkemesinin dava hakkında bizzat karar vermesi gerektiği kabul edilir. **Fasching**, Lehrbuch, s. 850, Kn. 1675; **Akil**, İstinaf, s. 55.

⁸⁵ **Deren-Yıldırım**, Başvuru Şartları, s. 19; **Karşı**, Medeni Muhakeme, s. 757; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, HMK, s. 469-470; **Özekes**, Pekcanitez Usul, s. 2160; **Tanrıver**, Usul C.2, s. 44.

⁸⁶ **Karşı**, Medeni Muhakeme, s. 757; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, HMK, s. 469-470; **Özekes**, Pekcanitez Usul, s. 2160; **Tanrıver**, Usul C.2, s. 44.

ayrımdır⁸⁷. Bu ayrımda, kanun yolu yargılamasında yeni vakıa ve delil ileri sürülmesinin mümkün olup olmadığı, kanun yolu dilekçesinde sebep gösterme zorunluluğunun bulunup bulunmadığı, kanun yolu incelemesinin kanun yolu dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılmak zorunda olup olunmadığı ve kanun yolu mahkemesince verilecek karar çeşitleri gibi farklı kıstaslar kullanılmaktadır⁸⁸.

Liberal düşüncenin bir ürünü olan tam kanun yolu sisteminde, tarafların yeni vakıa ve delil ileri sürmesini engelleyen hak düşürücü kurallar (*Präklusionsregeln*) mevcut değildir ve kanun yolu mahkemesinin kontrol yetkisi, kanun yolu talebi içerisinde yer alan iptal sebepleri ile sınırlı değildir⁸⁹. Kanun yolu mahkemesi, kanun yolu sebepleri yahut esas hakkındaki belirli iddialarla sınırlı olmaksızın kararı iptal edebilir⁹⁰. Burada, ilk derece yargılamasında ileri sürülen talep hakkında, aleyhine kanun yoluna başvuru karardan bağımsız olarak, yeni bir karar verilmektedir⁹¹. İlk derece yargılamasında verilen karar usulüne uygun ve doğru bir karar olsa bile, kanun yolu başvurusu reddedilmez; aksine ilk derece yargılamasında verilen karar, kanun yolu derecesinde doğrulanarak yeni bir karar verilir. Kanun yolu sebeplerinin ileri sürülmesi ise, kanun yolunun bir caizlik şartı olmayıp, ilk derece yargılamasındaki talep hakkında yeni bir karar verilmesi amacına yöneliktir^{92/93}.

Buna karşılık sınırlı kanun yolunda ise, yeni vakıa ve delil ileri sürülmesi kural olarak yasaktır. Taraflar ancak kanunen izin verilen hallerde yeni vakıa ve delil ileri sürebilirler⁹⁴. Yine sınırlı kanun yolunda, taraflar belirli iptal sebeplerini ileri sürebilirler ve tarafların vakıa beyanları ve esasa ilişkin talepleri sınırlandırılır⁹⁵. Kanun yolu mahkemesi, ilk derece mahkemesince gerçekleştirilen yargılamanın ve verilen kararın hukuka uygunluğunu ve

⁸⁷ **Kolotouros**, s. 29.

⁸⁸ **Kolotouros**, s. 29; **Lorenz, Max**, Über die volle Berufung im deutschen und die beschränkte Berufung im österreichischen Zivilprozessrecht, ZJP 65 (1952), s. 170-171; **Akkaya**, İstinaf, s. 96; **Tanrıver**, Usul C.2, s. 42 .

⁸⁹ **Kolotouros**, s. 29; **Akil**, İstinaf, s. 52.

⁹⁰ **Fasching**, Lehrbuch, s. 849, Kn. 1674; **Yıldırım**, İstinaf, s. 45.

⁹¹ **Fasching**, Lehrbuch, s. 849, Kn. 1674; **Yıldırım**, İstinaf, s. 46; **Deren -Yıldırım**, Başvuru Şartları, s. 19.

⁹² **Kolotouros**, s. 31; **Akkaya**, İstinaf, s. 96.

⁹³ *Fasching*'e göre, kanun yolu mahkemesinin kararının, ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamadan ve verilen karardan tamamen bağımsız olduğu saf tam kanun yolu modeli uygulamada hiçbir yerde mevcut değildir. **Fasching**, Lehrbuch, s. 849, Kn. 1674.

⁹⁴ **Kolotouros**, s. 29.

⁹⁵ **Fasching**, Lehrbuch, s. 849, Kn. 1674, **Yıldırım**, İstinaf, s. 45-46; **Akil**, İstinaf, s. 52.

doğruluğunu, kural olarak taraflarca belirtilen sebeplerle sınırlı olarak, kontrol eder⁹⁶. İlk derece yargılaması ve bu yargılama neticesinde verilen karar usulüne uygun ve doğru ise kanun yolu başvurusu reddedilir.

13.06.1976 tarihli Zürih Medeni Usul Kanunu'nda düzenlenen istinaf modeli, bir tam kanun yolu örneği olarak kabul edilmektedir. Bu modele göre, taraflar, istinaf ve istinafa cevap dilekçelerinde yeni vakıa ve deliller ileri sürebilir. Tarafların istinaf aşamasında davada değişikliğine yol açan işlemleri yapması (dava değişikliği, genişletilmesi, karşı dava açılması gibi) mümkündür. Ayrıca tarafların, istinaf başvurusunu gerekçelendirmesi zorunlu olmadığı gibi, istinaf aşamasına yeni dava malzemesi getirilmesi de serbesttir. İstinaf mahkemesinin kararı, dava konusu edilmiş talepler hakkında yeni bir karardır⁹⁷.

Yine Hollanda hukukunda düzenlenen istinaf modeli de bir tam kanun yolu olarak değerlendirilebilir. Zira bu hukuk sitemine göre, istinaf, sadece ilk derece mahkemesinin hükmü için bir kontrol mekanizması değil; aynı zamanda taraflara davalarını ikinci bir sefer mahkemeye taşıma şansı veren bir kanun yoludur⁹⁸. İstinaf kanun yoluna başvurulmasıyla birlikte ilk derece yargılamasındaki dava istinaf mahkemesine aktarılır ve istinaf mahkemesi bu dava konusu hakkında karar verir. Taraflar, istinaf yargılamasında, ilk derece yargılamasındaki taleplerini değiştirebilecekleri gibi yeni taleplerde de bulunabilirler. İstinafa başvuran taraflar, ilk derece yargılamasında yapmış oldukları hataları giderebilirler ve yeni iddia ve savunma sebeplerini ileri sürebilirler. İstinaf yargılaması, ilk derece yargılamasının tekrarı olarak görülür⁹⁹.

Tam kanun yolu, doğru bir karar verilmesini sağlamaya yönelik, daha geniş bir garanti temin eder şeklinde görünür. Zira bu kanun yolunda, iki mahkeme, birbirinden bağımsız olarak daha yoğun bir şekilde vakıaları ele almakta ve talepler hakkında karar vermektedir¹⁰⁰. Ancak

⁹⁶ **Fasching**, Lehrbuch, s. 849, Kn. 1674; **Lorenz**, s. 170; **Yıldırım**, İstinaf, s. 45-46; **Deren-Yıldırım**, Başvuru Şartları, s. 19; **Akil**, İstinaf, s. 52.

⁹⁷ **Kolotouros**, s. 31-32; **Akkaya**, İstinaf, s. 96-97; **Akil**, İstinaf, s. 52.

⁹⁸ **Dauids, Willibrod J. M.**, Hollanda İstinaf Prosedürü, Türkiye Cumhuriyeti'nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi Kapsamında 2-3 Mart 2006 Tarihlerinde Yargıtay'da Düzenlenen Konferans Sunuşlar, s. 94.

⁹⁹ **Hovens, Franciscus J.H.**, Hukuk Yargılamasında İstinaf, Hukuk Davalarında İstinafın İşlevlerine Yönelik Mukayeseli Bir Araştırma, (Çev. Mustafa Özbek), MİHDER, C. 2, S. 5, 2006, s. 1321; **Dauids**, s. 94-97.

¹⁰⁰ **Fasching**, Lehrbuch, s. 849, Kn. 1674.

bununla beraber tam kanun yolunun varlığı beraberinde şu yönde bazı sakıncaları ortaya çıkarır¹⁰¹:

- Kanun yolu yargılaması daha uzun sürer ve önemli ölçüde yargılama giderlerinin artmasına yol açar.

- Davanın dayanağını oluşturan maddi vakıalar ile kanun yolu yargılaması arasında uzun bir zaman aralığı söz konusudur. Bu husus, delillerin kaybolmasına, tanıkların olayları zamanla hatırlayamamalarına ya da sadece ilk derece mahkemesinde söylediklerinde ısrar etmelerine neden olabilir.

- Tam kanun yolu yargılamasının varlığı ilk derece yargılamasını kısmen gereksiz hale getirir.

Tam kanun yolunun ortaya çıkardığı bu sakıncalar, usul kanunlarında daha çok sınırlı kanun yolu modelinin tercih edilmesine sebebiyet vermiştir. Sınırlı kanun yolu modelinin temelinde, mutlak doğru bir karara ulaşılmasının bir ütopya olduğu ve etkin bir hukuki korumanın, ancak makul bir zaman ve masrafla gerçekleştirilen yargılama neticesinde, mümkün olabildiğince doğru bir kararın verilmesiyle sağlanabileceği düşüncesi yatmaktadır. Kuşkusuz bunun için ilk derece yargılamasında, doğru bir kararın verilebilmesi için gerekli olan bütün dava malzemesinin toplanmış ve tartışılmış olması gerekir. Tarafların ilk derece mahkemesine gereğinden fazla dava malzemesi getirmesi riskinin, hâkimin maddi anlamda davayı sevk yetkisini etkili bir şekilde kullanmasıyla önlenebileceği belirtilmektedir¹⁰².

Bugün, Alman, Avusturya, İsviçre ve Türk hukukunda prensip olarak sınırlı kanun yolu sistemi mevcuttur. Bu sınırlılığın kapsamı ise her bir kanun yolu bakımından her hukuk sisteminde farklı şekillerde düzenlemiştir.

Avusturya hukukunda kanun yolu genel olarak üç bakımdan sınırlandırılmıştır. İlk olarak, kanun yolu mahkemesi, tarafların değil; yalnızca mahkemenin yapmış olduğu hataları kontrol eder. İkinci olarak, kanun yolu incelemesi yalnızca tarafların kanun yolu talepleri kapsamında gerçekleştirilir. Bu nedenle kararın taraflarca iptali istenmeyen kısmı bakımından kesin hüküm oluşur ve aleyhe karar verme yasağı ortaya çıkar. Son olarak, yeni dava

¹⁰¹ **Fasching**, Lehrbuch, s. 849, Kn. 1674; **Akil**, İstinaf, s. 53.

¹⁰² **Fasching**, Lehrbuch, s. 849-850, Kn. 1674; **Akil**, İstinaf, s. 53.

malzemesi getirme yasağı (*Neuerungsverbot*) mevcuttur. Ayrıca, istinaf, şikayet ve temyiz sebepleri de her bir kanun yolu için özel olarak sınırlandırılmıştır¹⁰³.

Alman hukukunda kanun yolu sistemi 2001 tarihli Medeni Usul Reform Kanunu ile önemli ve kapsamlı bir şekilde değiştirilmiştir¹⁰⁴. Bu değişiklik ile istinaf kanun yolunun adeta ilk derece yargılamasının devamı şeklinde gerçekleşmesine son verilmiştir¹⁰⁵. Reform kanunun 2002 yılında yürürlüğe girmesinden itibaren artık istinaf mahkemeleri, sadece ilk derece mahkemesince yapılan hataların kontrolü ve giderilmesi görevini üstlenmiştir¹⁰⁶ (AMUK m. 513). İstinaf mahkemesi, kural olarak ilk derece mahkemesince yapılan vakıa tespitleri ile bağlıdır ve sadece istisnai hallerde yeni vakıa tespiti yapabilir (AMUK m. 529/I)¹⁰⁷. Yeni vakıa ve delillerin ilk defa istinaf mahkemesinde ileri sürülmesi imkanı da önemli ölçüde sınırlandırılmıştır (AMUK m. 529/I ve m. 531/II)^{108/109}. Temyiz mahkemesi de, kural olarak istinaf mahkemesince tespit edilen vakıalarla bağlıdır (AMUK m. 559/II) ve temyiz aşamasında

¹⁰³ **Rechberger/Simotta**, s. 612-614; **Fasching**, Lehrbuch, 850-853; **Deixler-Hübner/Klicka**, Zivilverfahren, s. 217-219; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 292-293.

¹⁰⁴ Bu değişikliğe ilişkin tartışmalar hakkında bkz. **Schoibl, Norbert A.**, Diskussionsbericht, ZJP 107 (1994), s. 503 vd.; **Rauscher**, Berufung, s. 105 vd.; **Yıldırım**, İstinaf, s. 82 vd.; **Akil**, İstinaf, s. 84vd.; **Ercan, İbrahim**, Güncel Tartışmalar Işığında Hukuk Yargısı Bağlamında Alman İstinaf Sistemi, Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. 2, 2001, s. 722 vd.

¹⁰⁵ **Roth, Herbert**, Neues Rechtsmittelrecht im Zivilprozess - Berufungsinstanz und Einzelfallgerechtigkeit, JZ 2005/4, s. 174; **Grunsky/Jacoby**, s. 224, Kn. 671. Değişiklikten önceki Alman Medeni Usul Kanunu m. 525'e göre, istinaf mahkemesi, davayı tarafların başvurusunda belirtilen sınırlar içinde yeniden ele alır. Bu düzenleme nedeniyle davanın istinaf mahkemesi tarafından yeniden görülmesi gerekiyordu (**Becker-Eberhard, Ekkehard**, Die Berufung nach deutschem Zivilprozessrecht, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003, Ankara 2003, s. 327; **Gottwald, Peter**, 2001 Reform Kanunu'nun Ardından Almanya'da Medeni Usûl Hukuku, (Çev. Murat Atalı/Mustafa Göksu) Legal Medeni Usul İcra İflas Dergisi, 2006/III, s. 695.

¹⁰⁶ Hükümet taslağı gerekçesi bkz. BT-Dr. 14/4722, s. 64, 65, 94; **Heßler, Hans Joachim**, Die Berufungsinstanz nach dem Zivilprozessreformgesetz von 2002 - Tatsachen- oder Rechtskontrollinstanz? NJW 2005 Sonderheft BayOLG, s. 47-78; **Rimmelspacher, Bruno**, Berufungsrichter: Trichter oder Revisionsrichter-Systematisierung der Praxis Fragen aus der Sicht der Wissenschaft, NJW-Sonderheft 2. Hannoveraner ZPO-Symposium, 20. September 2003, s. 11 vd.; **Wächter, Gerhard H.**, Die Tatsacheninstanzen in großen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach der ZPO-Reform, ZJP 119 (2006), s. 407 vd.; **Schilken**, ZPR, s. 415, Kn. 899; **Schilken, Eberhard**, Schwerpunkte der Rechtsmittelreform im deutschen Zivilprozess, Ritsumeikan Law Review, 2002, s. 64-65.

¹⁰⁷ **Deubner, Karl G.**, Aktuelles Zivilprozessrecht, Jus 2005/9, s. 799; **Stein/Jonas/Althammer**, Vor § 511, Kn. 1; **Roth**, Einzelfallgerechtigkeit, s. 174.

¹⁰⁸ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 137, Kn. 49; **Stein/Jonas/Althammer**, Vor § 511, Kn. 1; **Meller-Hannich**, ZPR, s. 159-160, Kn. 534; **Roth, Herbert**, Zivilprozessuales Rechtsmittelrecht und funktionale Zweigliedrigkeit, JZ 2006, s. 9. Ayrıca bkz. § 8/I/C.

¹⁰⁹ Şikayet kanun yolunda ise taraflar yeni vakıa ve delil ileri sürebilirler (AMUK m. 571/II) (**Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 148, Kn. 25). Ayrıca şikayet bakımından aranan şekli şartlar istinafa göre daha az önemde kabul edilir. Zira örneğin şikayet yoluna başvuruda taraflar bunu gerekçelendirmek zorunda olmakla birlikte, bu husus istinaf yolunun aksine acele şikayet bakımından bir caizlik şartı değildir. Ayrıca şikayet başvurusu hakkında sözlü duruşma yapılmaksızın karar verilebilir (**Stein/Jonas/Jacobs**, Vor § 567-577, Kn. 3).

yeni vakıa ileri sürülmesi istisnaidir¹¹⁰. İstinaf ve temyiz mahkemesi, tarafların talepleri kapsamında kontrol yetkisine sahiptir¹¹¹ ve aleyhe karar verme yasağı dikkate alınmak zorundadır¹¹². Ayrıca istinaf ve temyiz sebeplerinin, kanuna uygun bir şekilde, kanun yolu başvurusunun gerekçelendirilmesi dilekçesinde belirtilmesi biz caizlik şartıdır (AMUK m. 522/I, 552/I)¹¹³.

İsviçre hukukunda gerek Federal Medeni Usul Kanunu'nda gerekse de Federal Mahkeme Kanunu'nda düzenlenen bütün kanun yolları bakımından sınırsız bir yeni vakıa ve delil ileri sürülmesi hakkı (*Novenrecht*) tanınmamıştır¹¹⁴. İstinaf kanun yolunda yeni vakıa ve delil ileri sürülebilmesi, eskiden kantonal kanunlarda yer alan düzenlemelere göre¹¹⁵ daha fazla sınırlandırılmıştır¹¹⁶. İstinaf mahkemesi, ilk derece yargılamasının tamamlanmasına hizmet etmez. İstinafın amacı, ilk derece mahkemesince verilen kararı kontrol etmek ve gerektiği takdirde düzeltmektir¹¹⁷. Taraflar istinaf aşamasında ancak kanunda belirtilen sınırlı hallerde yeni vakıa ve deliller ileri sürebilirler (İFMUK m. 317/I). Yine tarafların istinaf aşamasında davayı değiştirmeleri kural olarak mümkün değildir (İFMUK m. 317/II)¹¹⁸. Temyiz aşamasında ise yeni vakıa ve delil ileri sürülmesi çok daha sınırlıdır ve tarafların yeni taleplerde bulunması

¹¹⁰ **Gottwald, Peter**, Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, Berlin 1975, s. 245 vd., 396 vd.; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 145, Kn. 8-17; **Schilken**, ZPR, s. 435, Kn. 943-944.

¹¹¹ Bu husus, tarafların sahip olduğu tasarruf yetkisinin istinaf ve temyiz aşamasında da geçerli olduğu düşüncesine dayanmaktadır (**Gilles**, Anschliessung, s. 158; **Semmelmayr, Johann**, Der Berufungsgegenstand, Berlin 1996, s. 187-188).

¹¹² **Schilken**, ZPR, s. 415, Kn. 900 ve s. 432, Kn. 936.

¹¹³ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 136, Kn. 6; **Schilken**, ZPR, s. 415, Kn. 899 ve s. 431, Kn. 935.

¹¹⁴ **Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler**, s. 401.

¹¹⁵ Eskiden bazı kantonlarda yeni vakıa ve delil getirme imkanı sınırsız iken bazı kantonlarda sınırlı idi. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. **Habscheid**, s. 452-453, Kn. 739; **Reut, Christoph**, Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2017, s. 13, Kn. 25.

¹¹⁶ **Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler**, s. 411; **Spühler, Karl**, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), 3. Aufl., Basel 2017, Art. 317, Kn. 1; **Reut**, s. 189-190, Kn. 336.

¹¹⁷ BGE 142 III 413, 415; **Habscheid**, s. 426, Kn. 701; **Hurni, Christoph**, Zum Rechtsmittelgegenstand im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2018, s. 81, Kn. 251; **Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler**, s. 411; **ZPO Rechtsmittel – Kunz**, Vor Art. 308 ff., Kn. 1. Bununla beraber İsviçre hukuku öğretisinde azınlıkta kalan görüşe göre, İFMUK m. 317 uyarınca tarafların istinaf aşamasında yeni vakıa ve delilleri ileri sürmesi mümkündür. Ve bu durum istinafın sadece ilk derece yargılamasını denetleyen değil, daha ziyade onun devamını mümkün kılan bir kanun yolu olduğunu ortaya koymaktadır (**Spühler, Karl/Dolge, Anette/Gehri, Myriam**, Schweizerisches Zivilprozessrechts und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. Aufl., Bern 2010, s. 374, Kn. 21 ve ayrıca bkz. **Hurni**, s. 72-73, Kn. 223).

¹¹⁸ Ancak dava değişikliği, istinaf aşamasında ileri sürülebilen yeni vakıalara ve delillere dayanıyorsa veya ilk derece mahkemesinde dava değişikliğine ilişkin İFMUK m. 227/I'de yer alan şartları taşıyorsa yapılabilir. **BSK ZPO – Spühler**, Art. 317. Kn. 15.

caiz değildir (İFMK m. 99)¹¹⁹. Hem istinaf hem de temyiz incelemesi, tarafların kanun yolu talepleri kapsamında gerçekleştirilir ve aleyhe karar verme yasağı göz önünde bulundurulur¹²⁰. Ayrıca İsviçre Hukuku'nda kanun yolu denetiminin kapsamı bakımından tam ve eksik kanun yolu¹²¹ ayrımı da yapılmaktadır. Buna göre, tam kanun yolunda aleyhine kanun yoluna başvurulmuş karar ve yapılan yargılama bütün maddi ve usuli eksiklikler bakımından denetlenir. Tam kanun yolunda denetim, hem hukukun hatalı uygulanması hem de vakıaların hatalı tespit edilmesi bakımından, bütün fiili (maddi) ve hukuki meseleleri kapsar. Buna karşılık eksik kanun yolunda denetim sınırlıdır. Aleyhine kanun yoluna başvurulmuş karar ve yapılan yargılama sadece belli eksiklikler ve hukuka aykırılıklar bakımından denetlenir. Bu bağlamda sadece istinaf bir tam kanun yoludur, diğer kanun yolları ise eksik kanun yoludur¹²².

Hukukumuzda da istinaf ve temyiz, mukayeseli hukuka paralel bir şekilde, sınırlı kanun yolları olarak düzenlenmiştir. İstinaf ve temyiz, ilk derece yargılamasının bir devamı olmayıp, aleyhine kanun yoluna başvurulmuş kararın ve yapılan yargılamanın kontrolü ve gerektiğinde düzeltilmesine hizmet eder. İstinaf aşamasında yeni vakıalar ile delillerin ileri sürülmesi ancak sınırlı hallerde mümkündür. Yine istinaf mahkemesinde, karşı dava açılmaz, davaya müdahale talebinde bulunulamaz, davanın ıslahı ve kural olarak davaların birleştirilmesi istenemez (HMK m 357). Temyiz aşamasında ise yeni vakıa ve delil ileri sürülebilmesi imkanı çok daha sınırlıdır. İstinaf mahkemesi, kamu düzenine aykırılık halleri dışında, ancak istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak inceleme yapar (HMK m. 355). Temyiz mahkemesi ise taraflarca ileri sürülen sebeplerle bağı olmaksızın temyiz incelemesini gerçekleştirir (HMK m. 369/1). İstinaf ve temyiz incelemesi, tarafların dilekçelerinde belirttikleri taleplerle sınırlı olarak yapılır ve aleyhe karar verme yasağı her iki kanun yolu incelemesinde göz önünde bulundurulur¹²³.

¹¹⁹ Spühler/Vock, s. 103.

¹²⁰ Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler, s. 404; Spühler/Vock, s. 7.

¹²¹ *vollkommene – unvollkommene Rechtsmittel*.

¹²² Guldener, s. 484-485; Meier, sZPO, s. 453-454; Berti, Stephen V., Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011, s. 139, Kn. 417; Leuenberger/Uffer-Tobler, s. 426, Kn. 12.3; Spühler/Vock, s. 4; Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler, s. 399-400; Staehelin/Staehelin/Grolimund – Staehelin/Bachofner, § 25, Kn. 6.

¹²³ Aleyhe karar verme (*reformatio in peius*) yasağının anlamı ve kapsamı bakımından detaylı bilgi için bkz. Kuru, Baki, Hukuk Usulünde Aleyhe Bozma Yasağı, AÜHFD, C. 30, S. 1/4, 1973, s. 135 vd.; Yıldırım, Kamil M., Medeni Usul Hukukunda Reformatio in Peius Yasağı, Facultatis Decima Anniversaria, İstanbul 1993, s. 146 vd.; Kuhlmann, Axel, Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozessrecht, Berlin 2010, s. 20 vd.; Atalı, Murat, Medeni Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara 2014, s. 105 vd.; Yavaş, Temyiz, s. 143 vd.

II. Kanun Yolunun Amacı

A. Genel Olarak

Kanun yolunun amacının belirlenmesi, kanun yolu mahkemesince iptali istenen kararın ve yapılan yargılamanın denetimi bakımından kuşkusuz büyük önem arz etmektedir¹²⁴. Kanun yolunun amacı ise, usul hukukunun amacından ayrı ve bağımsız bir şekilde tespit edilemez¹²⁵. Zira ilk derece yargılaması ve devamında gerçekleştirilen kanun yolu yargılaması birbirinden tamamen ayrı ve bağımsız değildir¹²⁶. Usul hukukunun amacı ile kanun yolunun amacı birbirini bertaraf etmez; aksine tamamlar¹²⁷. Farklı şekillerde yapılandırılan mahkemelerce gerçekleştirilen yargılamalar, bir bütün olarak usul hukukunun amacının gerçekleştirilmesine hizmet ederler ve birbiriyle çelişik amaçlara sahip olamazlar^{128/129}.

¹²⁴ **Prütting, Hanns**, Die Zulassung der Revision, Erlangen-Nürnberg 1977, s. 85-86.

¹²⁵ **Unberath, Hannes**, Der Zweck der Rechtsmittel nach der ZPO-Reform - Theorie und Praxis, ZJP 120 (2007), s. 325; **Deren-Yıldırım**, Kanun Yolları, s. 4; **Yıldırım, Kamil M.**, Kanun Yolu Olarak İstinaf, Türkiye Barolar Birliği İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantısı 7-8 Mart 2003, Ankara 2003, s. 288.

¹²⁶ Alman hukukunda da kanun yolunun amacının usul hukukunun amacıyla birlikte alınarak açıklanmaktadır. Bu bağlamda kanun yollarının usul hukuku çerçevesinde özel bir göreve sahip olduğu ve bu görevin de yerinde bir kararın doğru olduğuna ilişkin teminatı (*Richtigkeitsgewähr*) kademeli olarak kuvvetlendirmek olduğu belirtilmektedir (**Gilles, Berufung**, s. 157, **Yıldırım, İstinaf**, s. 11; **Yıldırım, Kanun Yolu**, s. 291). Ancak bu hususu eleştiren *Gilles*'e göre, kanun yolunun amacı, somut uyuşmazlık hakkında doğru bir karar verilmesinde tarafın şahsi menfaati ve kaybeden tarafın menfi karara karşı korunması ihtiyacıdır. Kanun yolunun temel görevi, iptali talep edilen kararın doğruluğuna ilişkin varsayımı bertaraf etmektir. Kanun yolunun diğer amaçları ise, kamu yararı bakımından adalete duyulan güvenin pekiştirilmesi ve hukuk birliğinin sağlanmasıdır (**Gilles, Berufung**, s. 157-158).

¹²⁷ **Pohle, Rudolf**, Empfiehlt es sich, die Revision (Rechtsbeschwerde) zu den oberen Bundesgerichten (außer in Strafsachen) einzuschränken und ihre Zulässigkeit in den einzelnen Gerichtsbarkeiten einheitlich zu regeln?, Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag, Hannover 1962, s. 10-11; **Pawlowski, Hans-Martin**, Aufgabe des Zivilprozesses, ZJP 80 (1967), s. 357.

¹²⁸ **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 85.

¹²⁹ Ancak hemen belirtelim ki usulün amacı tek başına her sorunun çözümünde belirleyici bir kriter olarak esas alınamayacağı gibi (**Gaul, Hans Friedhelm**, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozess, AcP 168 (1968), s. 35; **Gaul, Hans Friedhelm**, Yargılamanın Amacı- Güncelliğini Koruyan Bir Konu (çev. Nevhis Deren Yıldırım), İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku (der. Kamil Yıldırım), 6. Bası, İstanbul 2011, s. 79), kanun yolunun amacı da tek başına her bir münferit sorunun cevabını vermez (**Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 81). Bununla birlikte bir usul hukuku kurumunun amacının doğru bir şekilde tespiti, söz konusu kuruma ilişkin hükümlerin yorumlanmasını kolaylaştırır (**Deren-Yıldırım**, Kanun Yolları, s. 4) ve tartışmalı olan hususların açıklığa kavuşturulmasına hizmet eder (**Lames, Peter**, Rechtsforbildung als Prozesszweck, zur Dogmatik des Zivilverfahrensrechts, Tübingen 1993, s. 6). Ayrıca amacın belirlenmesinin diğer yararı yargılama hükümlerinin saptanan amaca uygun olarak yorumlanması gereğidir (**Rimmelspacher, Bruno**, Zur Prüfung Von Amts Wegen Im Zivilprozess, Göttingen 1966, s. 10-13). Zira usul yasaları da, diğer yasalar gibi yeterince açık olmayabilir ve yorum ihtiyacı doğurabilir. Usul hukukunda da amaçsal yorum şekli esas olarak benimsendiğinden, belirlenecek amaç, usul yasalarının yorumu bakımından da yarar sağlayacaktır (**Gaul, Zweck**, s. 43-44; **Yılmaz, Ejder**, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 4. Baskı, Ankara 2013, s. 28).

B. Medeni Usul Hukukunun Amacı

Bu noktada öncelikle medeni usul hukukunun amacının belirlenmesi gerekir. Medeni usul hukukunun amacının ne olduğu öğretide tartışmalıdır. Bugün öğretilde ağırlıklı olarak savunulan görüşler, kısmen, diğer görüşleri tamamen dışlamamakta, öncelik noktasında birbirlerinden ayrılmaktadırlar. Bu bağlamda medeni usul hukukunun tek başına ve/veya diğer amaçlarla birlikte; taraflar arasındaki uyuşmazlığı ortadan kaldırmak, sübjektif hakları himaye etmek, objektif hukuku gerçekleştirmek, hukuki güvenliği ve hukuk barışını tesis etmek ve korumak¹³⁰, hukukun gelişimini sağlamak, adaletli karar vermek¹³¹, adaleti temin talebini (*Justizgewähranspruch*) yerine getirmek¹³², taraflar arasında mevcut hakları tespit etmek, temin etmek ve korumak¹³³, gerçeklik temelinde hakkı tespit etmek ve tanımak¹³⁴, maddi gerçeğe ulaşmak, amacına sahip olduğu ifade edilmektedir¹³⁵.

¹³⁰ *Stürner*'e göre, medeni usul hukukunun amacı sübjektif hakların himayesi, objektif hukukun korunması, hukuki barış ve hukuki güvenliktir. Asli amaç sübjektif hakların korunmasıdır. Diğer üç amaç ise asli amacın ortaya çıkardığı sonuçlardır. Her dört amaç da hukuk devleti ilkesinin önemli unsurları olmakla birlikte, sübjektif hakların himayesi yönündeki asli amaç doğrudan anayasadaki temel hak ve özgürlüklerden kaynaklanmaktadır. **Stürner, Rolf**, *Prozesszweck und Verfassung*, FS Gottfried Baumgärtel Köln 1990, s. 545-546.

¹³¹ **Yılmaz**, *Islah*, s. 30; **Yılmaz, Ejder**, *Usul Ekonomisi*, AÜHFD, C. 57, S. 1, 2008, s. 248-250. Yine *Yılmaz*, adaletli bir karar verebilmek için, kararın maddi gerçekleri yansıtması gerektiğini ifade etmektedir (**Yılmaz**, *Islah*, s. 30).

¹³² **Heinze, Minhard**, *Parteiherrschaft versus Richtermacht im Zivilprozess*, FS Kostas E. Beys, Athen 2003, s. 518.

¹³³ **Taşpınar, Sema**, *Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu*, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 775-781; **Taşpınar, Sema**, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, Ankara 2001, s. 105-107.

¹³⁴ **Gaul**, *Zweck*, s. 49 vd, 53; **Gaul**, *Amaç*, s. 93; **Deren-Yıldırım**, *Kanun Yolları*, s. 7; **Yıldırım, Kamil M.**, *Avrupa İspat Hukuku Tablosu-Kitap İncelemesi*, Mehmet Somer'in Anısına Armağan, İstanbul 2006, s. 797. *Yıldırım*'a göre medeni usul hukuku, sübjektif hakların korunmasını ve somut olay adaletini aynı anda sağlamalıdır. Sübjektif hakların korunması, somut olay adaletini sağlar, somut olay adaleti ise ileride verilecek kararlara emsal teşkil ederek hukuki birliğin sağlanmasına hizmet eder (**Yıldırım, Kamil M.**, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990, s. 33).

¹³⁵ Bu konuda öğretilde yer alan diğer görüşler ve detaylı açıklamalar için bkz. **Aşit, Recep**, *Delil Sözleşmeleri Bakımından İrade Serbestisinin Sınırı*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015, s. 32-42; **Gaul**, *Zweck*, s. 28 vd.; **Gaul**, *Amaç*, s. 80 vd.; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 1, Kn. 9-19; **Stürner, Michael**, *Die Anfechtung von Zivilurteilen, Eine Funktionelle Untersuchung der Rechtsmittel im deutschen und englischen Recht*, München 2002, s. 32-37; **Lames**, s. 28 vd.; **Unberath**, s. 325-327; **Yıldırım**, *Delillerin Değerlendirilmesi*, s. 32 vd.; **Deren-Yıldırım**, *Kanun Yolları*, s. 4-7; **Taşpınar**, *Amaç*, s. 761 vd.; **Üstündağ**, *Medeni Yargılama*, s. 3-17; **Arslan**, *Yenilenme*, s. 3-4; **Karaaslan, Varol**, *Medeni Usul Hukukunda Hâkim Davayı Aydınlatma Ödevi*, Kocaeli 2013, s. 45-61; **Atalı**, *Aleyhe Bozma*, s. 84-91; **Akil**, *İstinaf*, 28-34; **Akkaya**, *İstinaf*, s. 65-68; **Budak, Ali Cem**, *Alangoya'ya Göre Yargılamanın Amacı ve Hâkimin Gerçeği Aramaktan Vazgeçmesi*, İstanbul Medipol Üniversitesi HFD, C 6, S. 2, 2019, s. 34 vd.

Öğretide bizim katıldığımız görüşe göre medeni usulün amacı gerçeğe ulaşmak¹³⁶ ve doğru hüküm vermektir. Maddi hukuk kurallarının unsurlarını karşılayacak maddi vakıaların tespiti ve uygun olan hukuk normunun somut uyuşmazlığın çözümünde uygulanması şeklinde cereyan eden medeni yargılamada, hayat olayını oluşturan maddi vakıaların gerçekten meydana gelip gelmediğinin tespiti ve böylece doğru hüküm verilebilmesi amaçlanır¹³⁷.

Özel hukukta kişilere bazı haklar tanınmış ve yükümlülükler yükümlenmiştir. Çoğu zaman herhangi bir dış baskıya gerek olmaksızın bu haklara uyulur ve yükümlülükler yerine getirilir. Ancak özel hukukça tanınmış bu haklara uyulmadığı ve yükümlülükler yerine getirilmediği takdirde yahut yükümlülüklerin yerine getirilmesiyle ilgili miktar, şekil, zaman gibi hususlarda bir uyuşmazlık ortaya çıktığında, kişiler mahkemeye başvuracaklardır¹³⁸. Zira kişiler, özel hukukta sahip oldukları bu hakların korunması ve yükümlülüklerin yerine getirilmesi hususunda adaletin sağlanmasını bizzat kendilerince gerçekleştiremezler. Kural olarak bizzat hakkını elde etmek (ihkak-ı hak) yasaklanmıştır. Devlet bizzat hak elde etmeyi yasakladığından bu husustaki adaleti temin talebini mahkemeler vasıtaıyla karşılamaya çalışmaktadır¹³⁹.

Bu bakımdan medeni usul de, hak sahiplerinin hakkına kavuşmasının bir aracı olan bizzat hakkını elde etmeyi ortadan kaldırmak için ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla medeni usul, kişilerin haklarını elde etmek ve adaleti temin talebini karşılamak üzere başvuru bir araçtır. Bu noktada esas mesele bu aracın kendi içyapısının hangi amaca göre dizayn edileceği ve hakkın korunması ile adaleti temin talebinin nasıl karşılanacağıdır¹⁴⁰.

¹³⁶ **Alangoya, Yavuz**, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 86; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 5; **Yavaş, Murat**, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları İle Bu Kuralların İstisnaları, 2. Baskı, Ankara 2020, s. 86; **Karşlı**, Medeni Muhakeme, s. 25; **Sungurtekin-Özkan, Meral**, Anayasanın Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medeni Yargılama Hukuku, DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı: Bilge Umar'a Armağan, 2010, s. 561-563; **Tanrıver, Süha**, Medeni Usul Hukuku, C. 1, Ankara 2021, s. 130. Tüm yargılama hukuklarının amacının maddi gerçeği tespit etmek olduğu yönünde; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, HMK, s. 10. Yargılamanın amacının maddi hukuka ilişkin hakların himayesi olduğu, yargılama faaliyetinin en önemli unsurunun gerçeğin ortaya çıkarılması, hakikate ulaşılması olduğu yönünde; **Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol**, Medeni Usul Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2023, s. 3-4; **Budak**, Yargılamanın Amacı, s. 39. Hâkimin yargılamanın gerçeğe ulaşmak şeklindeki amacına bağlı kalmasının ve bu yönde çaba göstermesinin, sağlıklı bir yargılama süreci ve yargılama sonunda doğru bir karar verilmesi bakımından bir gereklilik olduğu ve gerçeğin aranmasının AY m. 36 ve AİHS m. 6'da teminat altına alınan hak arama hürriyetinin de bir gereği olduğu yönünde; **Budak**, Yargılamanın Amacı, s. 39.

¹³⁷ **Alangoya**, İlkeler, s. 86.

¹³⁸ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, HMK, s. 8; **Karşlı**, Medeni Muhakeme, s. 25.

¹³⁹ **Aşit**, Delil Sözleşmeleri, s. 39.

¹⁴⁰ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 5.

Yargılama faaliyeti, somut olaya uygulanacak hukuk kurallarının tespiti, uygulanması ve sonuç olarak hüküm verilmesi faaliyeti olduğu için olayın belirlenmesi temel meseledir. Olay, kendisine uygulanacak hukuk normunu karşılıyorsa lehte hüküm verilir, karşılamıyor ise dava reddedilir. Bu bağlamda hakka kavuşmayı sağlayan veya hak mevcut olmadığı için davanın reddi şeklinde ortaya çıkan hükmün doğruluğu, dayandığı olayın gerçekliğine bağlıdır¹⁴¹. Dolayısıyla hakkın mevcut olup olmadığının tespiti temelde gerçeğin tespitine bağlıdır. Usulün amacının gerçek olarak kabul edilmesi¹⁴², hakların tespiti ve korunması ile ters düşmez¹⁴³. Buna karşılık medeni usul, haklara kavuşmanın bir aracı olduğundan, gerçek olmadan hakların elde edilmesi medeni usulün içyapısının oluşturulmasında yönlendirici bir amaç niteliğini taşımaz¹⁴⁴. Yine sübjektif hakların himayesi, objektif hukukun tesisi, hukuki barışın ve güvenliğin korunması, gerçek duruma uygun hüküm verilmesinin doğal sonucudur. Zira gerçeğin tespit edilmesi ve buna uygun hukuk kuralının uygulanması ile bir yandan tarafların sübjektif hakları tespit edilmiş ve tanınmış olur diğer yandan objektif hukuk kurallarının geçerli kılınması sağlanır¹⁴⁵. Bu sayede de hukuki güvenlik ve barış tesis edilmiş olur¹⁴⁶. Hukuki güvenliğin tesisi ve bireysel hukuki koruma ancak gerçeğe yönelmiş bir yargılama ile mümkündür¹⁴⁷.

Bununla birlikte bazı hallerde (kesin hüküm ve süre sınırlanmalarına yönelik hükümler gibi) gerçeğe ulaşma amacı, hukuki barışın sağlanması gerekçesi sınırlandırılabilir¹⁴⁸. İlaveten gerçek, her ne pahasına olursa olsun değil, hukuk kuralları içerisinde, özellikle de adil yargılanma hakkının gerektiği koşullar çerçevesinde araştırılır¹⁴⁹. Bu bakımdan davaların

¹⁴¹ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 5; **Sungurtekin-Özkan**, Sosyal Hukuk Devleti, s. 562.

¹⁴² Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısının genel gerekçesinde de usulün amacının maddi gerçeklik olduğu özellikle vurgulanmış ve bu amaca ulaşmaktan ödün verilmeyecek bir düzenleme yapılmaya çalışıldığı ifade edilmiştir. Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Ankara 19.06.2009, s.4.

¹⁴³ **Alangoya**, İlkeler, s. 90, dp. 286.

¹⁴⁴ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 5; **Alangoya**, İlkeler, s. 90, dp. 286. *Gaul*'e göre gerçeğin bulunması yargılamanın bir amacı değildir. Gerçeğin tespiti sadece hakkın tespiti için vazgeçilmez ve zorunlu bir araçtır. Çünkü gerçeğin olmadığı yerde adaletten de bahsedilemez (**Gaul**, Amaç, s. 93). Benzer yönde bkz. **Rimmelpacher**, Prüfung, s. 17 vd.

¹⁴⁵ **Deren-Yıldırım**, Kanun Yolları, s. 7; **Arslan, Ramazan**, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 38.

¹⁴⁶ **Arslan**, Dürüstlük Kuralı, s. 38-39.

¹⁴⁷ **Alangoya**, İlkeler, s. 90, dp. 286.

¹⁴⁸ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 6; **Arslan**, Dürüstlük Kuralı, s. 39. Bu husustaki istisnalar için ayrıca bkz. **Budak**, Yargılamanın Amacı, s. 40-41.

¹⁴⁹ Bu bağlamda söz gelimi hukuka aykırı olarak elde edilen deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz (AY m. 38; HMK m. 189/2).

makul sürede sonuçlandırılması gereği de¹⁵⁰, gerçeğe ulaşma amacını sınırlandırılabilir¹⁵¹. Zira yargılamanın uzaması hem gerçeğe ulaşmayı güçleştirir ve geciktirir¹⁵² hem de sağlanan hukuki himayenin de etkin olmasını engeller. Hukuki himayenin etkin olabilmesi için, yargılamanın makul bir sürede sonuçlandırılması gerekir¹⁵³. Ancak yargılamanın, makul bir sürede sonuçlandırılması için hızlandırılması, gerçeğe ulaşma amacı tamamen göz ardı ederek düşünülmemelidir. Bu nedenle yargılamanın hızlandırılmasını sağlayacak hükümler ile gerçeğe ulaşma amacının bağdaştırılması gerekir¹⁵⁴. Bir usul kanunu, elverdiği ölçüde hem bir hayat olayının mükemmel bir şekilde tespitini, hem de yargılamanın hızla yapılmasını sağlayacak bir dengeleyici sistem sunuyorsa, bu daha da önem kazanır¹⁵⁵.

C. Kanun Yolunun İşlevi ve Amacı

1. Genel Olarak

Mahkemelerin, alt-üst mahkemeler şeklinde dikey yapılandırılması ve bu mahkemelerde gerçekleştirilen yargılamaların ve verilen kararların farklı olması, beraberinde farklı işlevleri, amaçları ve sonuçları gündeme getirmiştir.

İlk derece mahkemesinde yapılan yargılamanın ve verilen kararın kural olarak doğru olduğu kabul edilir. Ancak taraflar bu yargılamanın ve verilen kararın doğruluğundan şüphe duyabilirler ve verilen karar tarafları tatmin etmemiş olabilir. Bu noktada taraflar, kanun yoluna

¹⁵⁰ İHAS m. 6'da düzenlenen adil yargılama hakkı, bünyesinde makul bir sürede yargılanma hakkını da barındırır. Yine, AY m. 141/4'e göre de, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir. Ayrıca, HMK m. 30 uyarınca hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.

¹⁵¹ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 7.

¹⁵² **Alangoya**, İlkeler, s. 89. Çok uzun süren yargılama, hayat olayının doğru tespit edilmesi imkânını azaltır. Zira hakkında hüküm verilecek olay ile delil ikamesi arasında uzun zaman geçmesi delillerin değerini de nisbileştirir (**Rechberger, Walter H.**, Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması (çev. Kamil Yıldırım), İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku (der. Kamil Yıldırım), 6. Bası, İstanbul 2011, s. 5).

¹⁵³ **Tanrıver, Süha**, Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gerek Önlemler Üzerine, AÜHFD, C. 49, S. 1-4, 2000, s. 67; **Akkan, Mine**, Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma, MİHDER, C. 3, S. 6, 2007, s. 40.

¹⁵⁴ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 7-8.

¹⁵⁵ **Rechberger**, Yargılamanın Hızlandırılması, s. 5.

başvurarak kendileri açısından elverişsiz olan ve yanlış olduğunu iddia ettikleri mahkeme kararının daha elverişli ve doğru bir karar ile değiştirilmesini sağlamaya çalışırlar¹⁵⁶.

Öte yandan, kararı veren hâkimler de insandır ve her insan yanılabilir. Dolayısıyla da mahkemece verilen kararlar hatalı, eksik ya da yanlış olabilir¹⁵⁷. Bu durum sadece ilgili tarafların hukuki durumuna zarar vermekle kalmaz; aynı zamanda hukuk kurallarının etkinliğini tehlikeye sokar ve gerçek anlamda hukuki barışın sağlanmasına zarar verir¹⁵⁸. Kanun yolu, mahkemelerce hatalı, eksik veya yanlış olarak verilen yahut böyle olduğuna inanılan kararların denetimi, düzeltilmesi ve nihayetinde doğru karar verilmesine hizmet eder¹⁵⁹. Dolayısıyla kanun yolu, mahkemelerce verilen kararların mümkün olabildiğince en doğru olması yönünde önemli bir güvence sağlar ve mahkeme kararlarının kalitesini artırır¹⁶⁰. Bu sayede mahkeme kararlarının doğruluğu konusundaki kuşkular en aza indirilmiş olur¹⁶¹ ve halkın yargıya olan güveni artar¹⁶². Nitekim hukuk sosyolojisi araştırmalarına göre, taraflar, hataların kontrolü imkanına sahip olan hukuk sistemini adil olarak hissederler ve adil olduğunu hissettikleri yargılama sonucunda kendileri bakımından verilen kararı (olumsuz veya arzu

¹⁵⁶ *Rimmelspacher*'e göre bu nedenle kanun yolunun esas amacı daha elverişli bir hükme ulaşmaktır. (**MüKoZPO/Rimmelspacher**, Vor § 511, Kn. 3. Ayrıca aynı yöne: **Zweifel**, s. 4). *Rechberger/Simotta*' ya göre, Avusturya Hukukunda geçerli olan yargılamanın konsantrasyonu ilkesi mahkeme kararlarının kontrolünü sınırlar. Kanun yolu denetimi, ilk derece yargılamasında sözlü duruşmanın sonuna kadar mevcut bulunan maddi ve hukuki durumla sınırlı olarak gerçekleşir ve kural olarak kanun yolu incelemesinde yeni vakıa ve delil ileri sürülmesi yasaktır. Bu nedenle kanun yolu gerçekliği değil, alt derece mahkemesince gerçekleştirilen yargılamayı kontrol eder (**Rechberger/Simotta**, s. 600, Kn. 5).

¹⁵⁷ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 134, Kn. 19; **Fasching**, Lehrbuch, s. 841, Kn. 1659; **Büttner, Herman**, Berufung und Revision, Zivilprozessuale Rechtsmittel im Wandel, München 2010, s. 11; **Zweifel**, s. 4; **Ansay**, s. 342; **Yılmaz, Ejder**, İstinaf, Ankara 2005, s. 16; **Konuralp/Hanağası**, s. 1795, **Akkaya**, İstinaf, s. 68; **Albayrak, Adem**, Hukukta İstinaf Uygulaması, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 1.

¹⁵⁸ **Fasching**, Lehrbuch, s. 841-842, Kn. 1659.

¹⁵⁹ **Stürner**, Anfechtung, s. 38; **Paulus**, s. 220; Kn. 585; **Ahrens**, in: Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 5, Kn. 18; **Schafft**, s. 117; **Arslan**, Yenilenme, s. 9; **Akkaya**, İstinaf, s. 69; **Çiftçi, Murat Özgür**, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 7. *Ankermann*'a göre, kanun yolları kararın doğruluğunu kontrol etme ihtiyacına binaen var olan kontrol araçları/enstrümanlarıdır (**Ankermann, Ernst**, in: Alternativkommentar zur Zivilprozeßordnung, Wassermann, Rudolf (Hrsg.), Luchterhand 1987, vor § 511, Kn. 19. Aynı yönde: **Behrens, Detlev**, Die Nachprüfbarkeit zivilrichterlicher Ermessensentscheidungen, Berlin 1979, s. 89). Alman, Amerikan ve Fransız Hukuk sistemlerinde de kanun yolunun öncelikli fonksiyonu kararların doğruluğunu ve hataların düzeltilmesini temin etmektir (**Wagner, Gerhard**, Ökonomische Analyse der Rechtsmittel, in: Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts, Bork, Reinhard/Eger, Thomas/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), 2009, s. 162-163).

¹⁶⁰ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 134, Kn. 19; **Rechberger/Simotta**, s. 600, Kn. 5; **Jauernig/Hess**, § 72, Kn. 6; **Zeiss, Walter/Schreiber, Klaus**, Zivilprozessrecht, 11. Aufl., Tübingen 2009, s. 245.

¹⁶¹ **Dinçkol, Abdullah**, Hâkimin Takdir Yetkisine Dayanarak Verdiği Kararların Denetlenmesi, MÜHF-HAD, C. 9, S. 1-3, 1995, s. 148; **Zweifel**, s. 4.

¹⁶² **Büttner**, Berufung und Revision, s. 12; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 134, Kn. 19.

edilmeyen bir karar olsa dahi) daha iyi kabul ederler¹⁶³. Yine kanun yolu ile alt mahkemelerce verilen kararların denetlenmesi ve gerektiğinde iptal edilmesi imkanının mevcut olması, hatalardan kaçınmaya yardımcı olur. Çünkü bu imkan ve olasılık, hâkimleri hukuk kurallarını uygularken ve kararlarını verirken daha dikkatli ve özenli olma konusunda teşvik eder ve bu noktada da kanun yolunun önleyici işlevinden söz edilir¹⁶⁴. İlâveten üst mahkemelerce yapılan denetim ve verilen kararlar alt derece mahkemeleri için öğretici ve yol gösterici bir işleve sahiptir¹⁶⁵.

Kanun yolunun gerek taraf gerekse de kamu menfaatine yönelik sahip olduğu bu işlevler tek başına kanun yollarının amacını ortaya koymaz. Öğretide genel olarak kanun yollarının amacının, bu işlevlerin ötesinde, somut olay adaletinin sağlanması (maddi bakımdan doğru bir kararın verilmesi) yönüyle taraf menfaatine; hukuk birliğinin sağlanması, hukuki barış ve güvenliğin tesisi ve hukukun geliştirilmesi suretiyle kamu menfaatine hizmet ettiği ifade edilmektedir¹⁶⁶.

Öğretide bir görüşe göre¹⁶⁷, hukuk dogmatiği açısından kanun yolunun amaçları taraf menfaatleri ve kamu menfaatleri bakımından ikiye ayrılır. Taraf menfaatleri yönünden kanun

¹⁶³ **Klendaauer, Ruth/Streicher, Bernhard/Jonas, Eva/Frey, Dieter**, Fairness und Gerechtigkeit, in: Handbuch der Sozialpsychologie und Kommunikationspsychologie, Bierhoff, Hans-Werner/ Frey, Dieter (Hrsg.), Göttingen 2006, s. 187-188; **Gelbrich, Katharina**, § 522 Abs. 2 und 3 ZPO im Kontext des Rechtsmittelsystems – eine rechtsvergleichende Untersuchung, Remscheid 2014, s. 121,162.

¹⁶⁴ **Rechberger/Simotta**, s. 600, Kn. 5; **Zeiss / Schreiber**, s. 245-246; **Schilken**, ZPR, s. 400, Kn. 865; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 134, Kn. 19; **Wagner**, Rechtsmittel, s. 163; **Belgesay, Mustafa Reşit**, İsbat ve Hüküm Teorileri, B. 3, İstanbul 1951, s. 206. “Yargı yerlerinde görev yapan hâkimler de her insan gibi yanılabilir, usul ve kanuna aykırı düşen bazı kararlar vermiş olabilirler veya verdikleri kararlar, taraflar için doyurucu sayılmayabilir. Diğer yönden hâkimlerin, belli olaylarda uyguladıkları kanunları ve ilgili öteki hukuk kurallarını kendi kanılarına göre başka başka biçimlerde yorumlamaları olanağı ve olasılığı vardır. İşte yargı yerlerinin verdikleri kararlarda, gerek yanılma gerekse başka biçimde yorumlama sonucu olarak doğan ve olağan sayılması gereken kanuna ve hukuka aykırılıkların zamanında giderilmesini sağlamak amacıyla bazı uygun metodların konulması zorunlu olmuştur. Genel olarak "Kanun yolu" diye tanımlanan bu metodlara başvurulması olanağı ile, gerek toplum gerekse taraflar için güvence sağlanması görevi de yerine getirilmiş olmaktadır. Böylece bir temel hukukî uyumsuzluğun yargı yerlerince çözülmesi sonunda esastan verilecek kararların, gerek bireylerin gerekse toplumun adalet duygularını daha büyük ölçüde doyurması da gerçekleşecektir. O halde, denebilir ki, kanun yollarına başvurulması olanağı, kişi haklarına ve topluma güvence sağlaması bakımından Anayasa'ya tüm olarak uygun düşmektedir.” AYM 18/2/1971 T., 1970/31 E., 1971/21 K.

¹⁶⁵ **Rechberger/Simotta**, s. 600, Kn. 5; **Wagner**, Rechtsmittel, s. 163.

¹⁶⁶ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 134, Kn. 19; **Meyer-Mickeleit, Martin**, Revision, Kassation und Final Appeal, München 1996, s. 157 vd.; **Stürner**, Anfechtung, s. 38 vd.; **Schafft**, s. 29,111,112; **Saueressig**, s. 309 vd.; **Unberath**, s. 328 vd.; **Deren-Yıldırım**, Kanun Yolları, s. 10 vd.; **Yıldırım**, İstinaf, s. 7, 24 vd.; **Akcan**, s. 8-10; **Akkaya**, İstinaf, s. 69 vd.; **Akil**, İstinaf, s. 39; **Özekes, Muhammet/Boran Güneysu, Nilüfer**, Deliller Ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı (HMK m. 353/1-a-6), İstanbul 2021, s. 5.

¹⁶⁷ **Leipold, Dieter**, Rechtsmittel als Verfahrensfortsetzung oder Entscheidungskontrolle, in: Rechtsmittel im Zivilprozess -unter besonderer Berücksichtigung der Berufung-, Gilles, Peter/Röhl, Klaus F./Schuster, Paul/Stempel, Dieter (Hrsg.), Köln 1985, s. 289.

yolunun amaçları; adaletin derecesinin artırmak, yargılamanın taraflarının verilen kararı kabul etme derecesini yükseltmek ve yeknesaklığı temin etmektir. Kamu menfaatleri bakımından kanun yolunun amaçları ise; alt derece mahkemelerini kontrol etmek, yargıya olan güveni muhafaza etmek ve hukukun yeknesak bir şekilde uygulanmasını güvence altına almaktır.

Diğer bir görüşe göre ise, kanun yolunun amacı, hem taraf hem de kamu menfaati bağlamında etkin bir hukuki koruma sağlamak ve mahkeme kararlarının doğruluğunu temin etmek üzere onları kontrol etmektir¹⁶⁸.

2. Somut Olay Adaletinin Sağlanması

Kanun yolunun amacı olarak somut olay adaleti özellikle ilk derece mahkemesi kararlarına karşı başvurulmuş istinaf kanun yolunda öncelikli amaç olarak ortaya çıkar¹⁶⁹. Bu bağlamda kanun yolunun ilk plandaki amacının, iptali istenilen kararın, usulün maddi adaleti gerçekleştirme amacına uygun olup olmadığını kontrol etmek olduğu belirtilmektedir¹⁷⁰.

Hâkimin hata yapması ve yanlış karar vermesi durumunda, bu yanlış kararın kesin hüküm etkisine kavuşmaması için taraflar istinaf mahkemesine başvurur¹⁷¹. İstinaf kanun yolunda, ilk derece mahkemesince gerçekleştirilen yargılamada ve verilen kararda, hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığı ve yapılan vakıa tespitlerinin tam ve doğru olup olmadığı kontrol edilir. Ayrıca bu incelemede söz konusu hususlarda bir yanlışlık ve/veya eksiklik tespit edildiği takdirde istinaf mahkemesi bu eksikleri tamamlayarak ve yapılan hataları gidererek somut uyuşmazlık hakkında bizzat karar verir¹⁷². İlâveten tarafların istinaf mahkemesinde yeni vakıa ve delil ileri sürebilmeleri sınırlı hallerde de olsa mümkündür. Bu

¹⁶⁸ **Fasching**, in: Fasching/Konecny, Einleitung, Kn. 22; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, Vor § 461, Kn. 3.

¹⁶⁹ **Schwinge, Erich**, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., Bonn 1960, s. 26; **Roth**, Einzelfallgerechtigkeit, s. 174; **Stürner**, Anfechtung, s. 38, 44; **Klasuer, Alexander/Kodek, Georg E.**, Jurisdiktionsnorm und Zivilprozessordnung samt Einführungsgesetzen und Nebengesetzen sowie den Vorschriften des Europäischen Zivilprozessrechts, 18. Aufl., Wien 2018, § 502, E38; **Deren-Yıldırım**, Kanun Yolları, s. 10; **Öztek**, İstinaf, s. 178; **Öztek**, Şerh, s. 56; **Akkaya**, İstinaf, s. 69.

¹⁷⁰ **Schilken**, ZPR, s. 400, Kn. 865; **Yıldırım**, İstinaf, s. 5; **Deren-Yıldırım**, Kanun Yolları, s. 10.

¹⁷¹ **Stürner**, Anfechtung, s. 38.

¹⁷² Bkz. § 2/I/C.

çerçevede istinaf kanun yolunun amacının daha çok somut olay adaletinin gerçekleştirilmesine hizmet etmek olduğu kabul edilir^{173/174}.

Kanun yolunun amacı olarak somut olay adaleti kavramından kasıt, salt hakkaniyete göre karar vermek¹⁷⁵ olmayıp, onu da içine alacak şekilde daha üst bir kavram olarak maddi anlamda doğru bir karar verilmesidir¹⁷⁶. Bu bağlamda somut olay adaletinin sağlanması, maddi anlamda doğru karar verilmesi buyruğunun somut olayda gerçekleştirilmesidir ve bu buyruk hukuk devleti ilkesinden ortaya çıkar¹⁷⁷.

3. Hukuki Güvenliğin ve Hukuk Barışının Sağlanması

Kanun yoluna başvurulması ile iptali istenen kararın kesinleşmesi ertelenir. Ancak önemli olmayan nedenlerden dolayı mahkemelerce verilen kararların kesin hüküm etkisine kavuşması engellenmemelidir. Ayrıca kamu da, kanun yolu incelemesinden ötürü gereksiz masrafları üstlenmek zorunda bırakılmamalıdır. Kanun yolu incelemesinden kaynaklanan

¹⁷³ **Roth**, Einzelfallgerechtigkeit, s. 174-175; **Stürner**, Anfechtung, s. 44; **Althammer, Christoph**, Die Zukunft des Rechtsmittelsystems, in: Die Zukunft des Zivilprozesses, Bruns, Alexander/Münch, Joachim/Stadler, Astrid (Hrsg.), 2014, s. 93; BGH NJW 2004, 2751; **Deren-Yıldırım**, Kanun Yolları, s. 10; **Yıldırım**, İstinaf, s. 5; **Akkaya**, İstinaf, s. 69; **Öztek**, İstinaf, s. 178; **Öztek**, Şerh, s. 56, 68; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 600; **Tanriver**, Usul C.2, s. 40; **Albayrak**, s. 9-10; **Güneş, Şule**, Medeni Usul Hukukunda İstinaf İncelemesi Sonunda Verilebilecek Kararlar Ve Sonuçları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s. 13; **Akgül-Teber, Selin**, Medeni Usul Hukukuna Hâkim Olan İlkelerin İstinaf Yargılamasındaki Görünümü, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2020, s. 5; **Ay, Ömer Mirac**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Duruşma Yapmadan Karar Verebileceği Haller, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 9. İstinaf denetimi ile amaçlananın hukukilik denetiminin yanı sıra vakıa denetiminin de sağlanabilmesi ve böylece maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi, sübjektif hakların himayesi ile etkin hukuki korumanın sağlanarak bireylerin hukuka güvenini tesis etmek olduğu yönünde; **Meraklı-Yayla, Deniz**, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014, s. 22.

¹⁷⁴ **Münchbach/Lotz**'a göre vakıalara ilişkin hatalar ile hukuki hatalar konusunda ayrımın yapıldığı istinaf kanun yolu sisteminde somut olay adaletinin sağlanması amacı geri planda kalmaktadır (**Münchbach, Werner/Lotz, Michael**, Justizreform- Reform oder gut verkaufter Abbau des Rechtsschutzsystems?, ZRP 1999, s. 374, 376). **Leipold**'a göre, istinaf aşamasında ilk derece yargılamasının tam olarak yenilenmesi nispetinde mahkeme kararının adaletli olma derecesi yükselir. Zira mümkün olduğu ölçüde doğrudan ve tam olarak somut olaydaki uyuşmazlığın detaylı bir şekilde ele alınması oranında somut olay adaletine yaklaşılr. İstinaf mahkemesi ilk derece mahkemesi kararının kontrolü ile sınırlandırılmış olsa bile önemli olan husus, bu kanun yolu ile adaletli karar verme, kararın taraflarca kabulü ve karara güven hususlarının yeterince sağlanıp sağlanmadığıdır (**Leipold**, Rechtsmittel, s. 290).

¹⁷⁵ Hakkaniyet göre karar vermek daha ziyade hâkimin takdir yetkisine göre karar verdiği durumlar ile kanun boşluklarının doldurulmasında söz konusu olur (**Serozan, Rona**, Medeni Hukuk Genel Bölüm, 2. Baskı, İstanbul 2008, s. 35, 146; **Oğuzman/Barlas, Nami**, Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 25. Bası, İstanbul 2019, s. 45, 94, 95; **Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Medeni Hukuk, Ankara 2016, s. 159, 166, 167). Yargıtay'ın somut olay adaleti kavramını daha çok hakkaniyet göre karar verilen durumlar için kullandığı hususunda bkz. **Akkaya**, İstinaf, s. 70.

¹⁷⁶ **Roth**, Einzelfallgerechtigkeit, s. 176, 178; **Akkaya**, İstinaf, s. 70.

¹⁷⁷ **Roth**, Einzelfallgerechtigkeit, s. 176; **Yıldırım**, İstinaf, s. 2 vd.

giderlerin tamamen taraflarca karşılanması ise hak arama özgürlüğünü tehdit eder^{178/179}. Öte yandan mahkeme kararlarının tamamının kanun yolu incelemesine tabi olması, bu incelemeyi fiilen imkansız kılar. Bu noktada hukuki barış ve güvenlik düşüncesi gündeme gelir¹⁸⁰. Bu bağlamda hukuki barış ve güvenliğin sağlanmasıyla kastedilen, uyuşmazlığın kesin olarak sona erdirilmesidir¹⁸¹.

Hukuk barışı ve güvenliğinin sağlanması kanun yolunun amacı olmayıp, kanun yoluna başvuru imkanının süre ve kararlar yönünden sınırlandırılmasının¹⁸² temelinde yatan gerekçedir¹⁸³. Diğer bir ifadeyle, hukuk barışının ve güvenliğinin sağlanması düşüncesi ile kanun yoluna başvuru belli bir süre ile sınırlandırılır. Yine bu düşünce gereğince bazı kararlara karşı kanun yoluna başvurulamayacağı kabul edilir. Kanun yolu incelemesine tabi kararlar bakımından da bu husus yine bir amaç değil, kanun yolu mahkemesince yapılan inceleme sonucunda uyuşmazlığın kesin olarak sona erdirilmesiyle ortaya çıkan bir sonuçtur.

4. Hukuk Birliğinin Sağlanması ve Hukukun Geliştirilmesi

Hâkimler, yargılama yaparken ve karar verirken hukuk kurallarını, gerek yanılmaları gerekse de farklı şekillerde algılamaları nedeniyle, yanlış yorumlayıp hukuka aykırı kararlar verebilirler. Kanun yolu mahkemesince gerçekleştirilen denetim ile objektif hukuk kurallarının doğru bir şekilde anlaşılması ve uygulanması sağlanır. Bu suretle aynı zamanda hukuk kurallarının ülke içerisinde yeknesak bir şekilde uygulanması sağlanarak bir yandan hukuk/içtihat birliği tesis edilir, öte yandan hukukun gelişimine katkıda bulunulur. Bu nedenle de kanun yolu hem taraf menfaatine hem de kamu menfaatine hizmet eder¹⁸⁴. Kanun yolunun amacı olarak hukuk birliğinin sağlanması ve hukukun geliştirilmesi öncelikle temyiz kanun yolu mahkemesince gerçekleştirilir¹⁸⁵.

¹⁷⁸ **Stürner**, Anfechtung, s. 41; **Deren-Yıldırım**, Kanun Yolları, s. 11-12.

¹⁷⁹ Bu noktada unutulmamalıdır ki, kanun yolu sistemi tarafından sağlanan mahkeme kararlarının doğruluğundaki artışın toplumsal yararı, kanun yolu başvurusunun bireysel yararından daha fazladır. Bu nedenle, kanun yolu sisteminden elde edilmesi beklenen bireysel faydanın, böyle bir sistemin giderlerinden daha az olması oldukça makuldür. **Wagner**, Rechtsmittel, s. 193.

¹⁸⁰ **Stürner**, Anfechtung, s. 41.

¹⁸¹ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 1, Kn. 17; **Akkaya**, İstinaf, s. 75.

¹⁸² **Stürner**, Anfechtung, s. 41-42; **Akkaya**, İstinaf, s. 75.

¹⁸³ **Fasching**, Lehrbuch, s. 841-842, Kn. 1659.

¹⁸⁴ **Stürner**, Anfechtung, s. 43-44; **Deren-Yıldırım**, Kanun Yolları, s. 13.

¹⁸⁵ **Stürner**, Anfechtung, s. 44; **Grunsky/Jacoby**, s. 217, Kn. 648; **Akcan**, s. 16; **Akkaya**, İstinaf, s. 72, dp. 73; **Yıldırım**, İstinaf, s. 24, dp. 64.

D. Temyiz Kanun Yolunun Amacı

1. Genel Olarak

Genel olarak kanun yolunun amacının, hem somut olay adaletini sağlamak suretiyle taraf menfaatine, hem de hukuk uygulamasında birliği sağlamak ve hukukun geliştirilmesine katkıda bulunmak suretiyle kamu menfaatine hizmet etmek olduğu kabul edilir. Ancak gerek hukukumuzda gerekse de mukayeseli hukukta özellikle temyiz kanun yolunun öncelikli amacının taraf menfaatine mi yoksa kamu menfaatine mi hizmet etmek olduğu tartışmalıdır¹⁸⁶.

2. Temyiz Kanun Yolunun Amacına İlişkin Mukayeseli Hukuktaki Görüşler

Öğretide temyiz kanun yolunun amacının ne olduğu konusunda çok çeşitli görüşler mevcuttur. Bu görüşler temelde beş yönden ortaya konabilir.

a. Taraf Menfaatine Öncelik Veren Görüş

Bu görüşü savunanlara¹⁸⁷ göre, somut olay bakımından doğru bir karar verilmesi yönündeki taraf menfaati temyizcinin öncelikli amacıdır. Zira temyiz yargılaması bakımından belirleyici olan taraflardır ve temyiz bir taraf kanun yolu olarak yapılandırılmıştır. Her kanun yolu gibi temyiz de ilk planda, iptali istenen kararın doğruluğunu, karara karşı kanun yoluna başvuran tarafın menfaati yönünde, kontrol etmeye hizmet eder¹⁸⁸.

Temyiz incelemesinin ancak taraflarca başvurulması durumunda gerçekleştirilmesi, temyizcinin caizlik şartı olarak hukuki yarar şartının mevcut olması, yargılama

¹⁸⁶ **Baur, Fritz**, Die dritte Instanz im künftigen Zivilprozess, ZZZ 71 (1958), s. 161 vd.; **Schwinge**, s. 26 vd.; **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 82-83; **Prütting**, Revision, s. 92 vd.; **Traut, T. Ludger**, Der Zugang zur Revision in Zivilsachen, Köln 2006, s. 51 vd.; **Rosenthal, Axel**, Probleme im zivilprozessualen Revisionszulassungsrecht nach Inkrafttreten des ZPO-RG vom 01.01.2002, Berlin 2007, s. 27 vd.; **Stein/Jonas/Jacobs**, Vor § 542-566, Kn. 8-13; **Ahrens**, in: Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 5-7; **Yıldırım**, İstinaf, s. 24; **Deren-Yıldırım**, Kanun Yolları, s. 7 vd.; **Üstündağ, Saim**, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim, İstanbul 1968, s. 15 vd.; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 817 vd.; **Öztek**, Temyiz, s. 66 vd.; **Öztek**, İstinaf, s. 175 vd.; **Akcan**, s. 16, **Atalı**, Aleyhe Bozma, s. 96-97; **Erdoğan, Ersin**, Temyiz İncelemesinde Yabancı Hukukun Denetimi, YD., C. 44, S. 3, 2018, s. 828-830; **Keskin, Serap**, Ceza Muhakemesinde Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 1996, s. 26 vd.

¹⁸⁷ **Mannheim, Hermann**, Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren, Berlin 1925, s. 21 vd.; **Stein/Jonas/Grunsky**, 21. Aufl., Vor § 545, Kn. 5. Ayrıca **Prütting**, Revision, s. 87 dp. 13'te belirtilen **Möhring**, NJW 1962, 3; **Reuß**, DÖV 1959, 11 ve diğer yazarlar.

¹⁸⁸ **Traut**, s. 56.

giderlerinin taraflarca karşılanması, temyiz mahkemesinin tarafların talepleri kapsamında inceleme yapabilmesi, aleyhe karar verme yasağının mevcut olması, tarafların temyiz başvurusundan feragat edebilmeleri, temyiz mahkemesinin soyut bir hukuki sorun hakkında değil somut uyuşmazlık hakkında karar vermesi, temyiz mahkemesinin sadece bozucu değil aynı zamanda düzeltici karar da vermesi ve verilen kararın sadece davanın tarafları bakımından kesin hüküm teşkil etmesi, temyiz taraf menfaatine hizmet ettiğini gösteren hususlardır¹⁸⁹.

AMUK m. 561'e göre, istinaf mahkemesi kararının gerekçesi bir hukuka aykırılığı ortaya koyuyor olmasına rağmen, kararın kendisi diğer nedenlerden dolayı sonuç itibarıyla doğru ise, temyiz başvurusu reddedilir. *Gilles*'e göre, bu hüküm, temyiz öncelikli amacının yargı kararlarında yeknesaklığı güvence altına almak olmadığını, aksine öncelikli amacın somut olay adaletini sağlamak olduğunu açık bir şekilde göstermektedir. Zira yeknesaklığı tehlikeye düşüren hukuka aykırılıklar son tahlilde hiçbir şekilde önem taşımamaktadır¹⁹⁰.

Fasching de 1971 tarihli bir eserinde, kanun koyucunun temyizi somut hukuki uyuşmazlık bakımından karar veren bir kanun yolu olarak yapılandırıldığını, temyiz başvurusu, temyiz yargılaması, temyiz mahkemesince verilerek kararlar bakımından tarafların belirleyici olduğunu, yine temyiz masraflarının taraflarca ödendiğini, bu nedenlerle temyiz hukuk birliğini temin etmeye yönelik bir kontrol aracı olmadığını, hem Alman hem de Avusturya hukukunda temyiz ana görevinin somut olay bakımından doğru karar verilmesi olduğunu belirtmiştir¹⁹¹.

Pawlowski'ye göre, temyiz, hukukun geliştirilmesi ve hukuk birliğini sağlama yönünde salt kamu yararına çalışması, totaliter hukuk düşüncesinin bir ürünüdür. Her derece

¹⁸⁹ **Stein/Jonas/Grunsky**, 21. Aufl., Vor § 545, Kn. 2-5; **Kuhlmann**, s. 90-91; **Meyer-Mickeleit**, s. 159; **Dethloff, Nina**, Zugang zur Revisionsinstanz, ZRP 2000, s. 432; **May, Artur**, Die Revision in den zivil- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, 2. Aufl, 1997, s. 16, Kn. 39; **Fasching**, Lehrbuch, s. 929, Kn. 1844.

¹⁹⁰ **Gilles**, Rechtsmittel, s. 79-80; **Gilles**, Hipertrofik, s. 46. *Kuhlmann*'a göre, 2001 yılında yapılan reformla her ne kadar temyiz görevi hukukun gelişimi ve yeknesaklığın sağlanmasına hizmet etmeye daha fazla yaklaştırılsa da bu durum temyiz bir taraf kanun yolu olarak sübjektif hukuki koruma ve somut olay adaletini sağlama görevini değiştirmez. Temyizin öncelikli ve esas amacı sübjektif hukuki koruma sağlamaktır ve bu amaç hukuk birliğini sağlama ve hukukun geliştirilmesine katkı sunma amacının bir sonucu ya da yansıması olarak görülemez (**Kuhlmann**, s. 90).

¹⁹¹ **Fasching, Hans W.**, Probleme des Revisionsverfahrens, Skizze einer rechtsvergleichenden Betrachtung der Revision im deutschen und im österreichischen Zivilprozess, Berlin-Newyork 1971, s. 7-8. *Fasching*, daha sonra yazdığı eserde Avusturya hukukunda temyiz görevinin hem taraf menfaati bakımından somut olay adaletini sağlama hem de kamu menfaati bakımından hukuk uygulamasında yeknesaklığın temini olduğunu, bununla birlikte Avusturya hukukunda ZVN 1983 ve özellikle de WGN 1989 değişikliklerinden sonra eski düzenlemelerin aksine taraf menfaatlerinin öneminin geri plana itildiğini ifade etmiştir (**Fasching**, Lehrbuch, s. 929, Kn. 1845-1846).

yargılamasının amacı taraflar arasında burada ve şimdi (hic et nunc) geçerli olan hukukun tespiti¹⁹².

b. Hukuk Birliğinin Sağlanması ve Hukukun Geliştirilmesi

Yönünde Kamu Menfaatine Öncelik Veren Görüş

Bu görüşe göre, temyiz kanun yolunun öncelikli ve ağırlıklı amacı, hukuk birliğinin sağlanması ve muhafaza edilmesi ile hukuk gelişimine katkı sunulmasıdır^{193/194/195}. Temyiz her

¹⁹² Pawlowski, Aufgabe, s. 352-358.

¹⁹³ Baur, s. 175; Henke, Horst-Eberhard, Die Tatfrage: Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität, Berlin 1966, s. 191 vd.; Essinger, Friedrich, Gesetzesverletzung als Revisionsgrund im Zivilprozess, Nürnberg 1912, s. 10; Henke, Horst-Eberhard, Rechtserkenntnis, Rechtsfortbildung und Konfliktlösung: Die Verfahrenstypen der Zivilprozessordnung in erster und in höherer Instanz, ZZP 109 (1996), s. 163-164; Stürner, Anfechtung, s. 44; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 134, Kn. 21-22; Reichold, Klaus, in : Zivilprozessordnung, Kommentar, Thomas, Heinz/Putzo, Hans (Beg.), 40. Aufl., 2019, Vor § 542, Kn. 1; Jauernig/Hess, § 74, Kn. 1-2; AK-ZPO/Ankermann, vor § 545, Kn. 2; Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter, Zivilprozessordnung, Kommentar, 77. Aufl., München, 2019; Übers § 542, Kn. 1; Sinaniotis, Lambros, Revisibilität unbestimmter Rechtsbegriffe, FS Rolf A. Schütze, München 1999, s. 883. Taraf menfaatinin temyize başvuru bakımından herhangi bir rol oynamadığı yönünde; Jauernig/Hess, § 72, Kn. 6, 11; Greger, Reinhard, Der deutsche Zivilprozess im Umbruch, FS Kostas E. Beys, Athen 2003, s. 471; Ullmann, Eike, Gedanken zum neuen Recht der Revision und der Rechtsbeschwerde in Zivilsachen, WRP 2002, s. 597; Unberath, s. 333; Grunsky/Jacoby, s. 217, Kn. 648. Temyize başvuru bakımından belirleyici olan hususun kamu menfaati olduğu, ancak kanun koyucunun iradesine göre, bariz yanlışlık nedeniyle sonuç düzeltilmesinin gerektiği durumunda, somut olayda adil bir hüküm verilmesinin de temyize başvuruyu haklı kıldığı yönünde bkz. Piekenbrock, Andreas/Schulze, Götz, Die Zulassung der Revision nach dem ZPO-Reformgesetz, JZ 2002, s. 912, 921.

¹⁹⁴ Temyizin amacının salt hukuk birliğini sağlamak olduğunu savunan diğer bir görüşe göre, bireysel davalarda maddi adaletin gerçekleştirilmesi temyiz yapısı için değil, sadece ve ancak temyiz hukuk birliğini sağlama yönündeki kamu menfaatini temin etmesi için önemlidir (Adickes, Franz, Grundlinien durchgreifender Justizreform: Betrachtungen und Vorschläge unter Verwertung englisch-schottischer Rechtsgedanken, Berlin 1906, s. 32). Diğer bir deyişle, temyiz mahkemesinin ve temyiz ödevi, hukuk birliğini sağlamak ve hukukun gelişimine hizmet etmektir. Hukuk birliğinin ve hukukun gelişiminin anayasal temelleri ise, hukuki güvenliği temin etmek ve hukuki eşitliği (kanun önünde eşitliği) sağlamaktır (Weyreuther, Felix, Revisionszulassung und Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte, München 1971, s. 1-2).

¹⁹⁵ İngiliz hukukunda istinaf mahkemesi olarak *Court of Appeal*'in amacı hukuk birliğini ve yeknesaklığını sağlamaktır. En üst mahkeme olan *House of Lords*'un rolünü devralan *Supreme Court*'un temel görevi ise hukukun geliştirilmesi olup bu mahkeme doğrudan tarafların dilekçesi ile harekete geçirilemez ve bu mahkemenin alt mahkemelerin farklı kararlarını düzeltme ödevi yoktur (Meyer-Mickeleit, s. 160-162; Stürner, Anfechtung, s. 43-45; Bley, Florian, Die zweite Instanz nach deutschem und englischem Zivilprozessrecht - Zugang und Prüfungsprogramm, Frankfurt am Main 2011, s. 33 vd.; Yıldırım, İstinaf, s. 13).

Fransız hukukunda ağırlıklı görüş, temyiz amacının hukuk uygulamasında yeknesaklığı sağlamak ve objektif hukuku korumak olduğu yönündedir (Ferrand, Frédérique, Justizentlastung in Frankreich, ZZPInt 2 (1997), s. 67, dp. 56; Tsirikas, Dimitrios, Cassation und Revision im europäischen Vergleich – eine rechtsvergleichende und rechtshistorische Skizze, ZZPInt 4 (1999), s. 174; Meyer-Mickeleit, s. 162; Jonquéres, Jean, Die Überprüfung von Tatsachenfeststellungen durch die Cour de Cassation-zivilrechtliche Aspekte, in: Tatsachenfeststellungen in der Revisionsinstanz, Schlosser, Peter (Hrsg.), Frankfurt am Main 1982, s. 32; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 135 Kn. 22; Yavaş, Temyiz, s. 18, dp. 16; Teomete-Yalabık, Fulya, Fransız Hukukunda Temyizin Tarihi Gelişimi ve Temyiz Sebepleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s. 63; Tok, Temyiz, s. 87-88). Ancak bununla beraber Fransız Anayasa Konseyi'nin 1980 ve 1988 tarihlerinde verdiği kararlarda, bir kanun yolu

ne kadar bir taraf kanun yolu olarak yapılandırılmış ise de taraf menfaati ve somut olay adaleti temyizcinin öncelikli amacı değildir. Zira temyizde doğru bir karar verilerek taraflar arasındaki hukuki uyuşmazlığın giderilmesi ve bireysel menfaatlerin korunması, ancak bu husus kamu menfaatini de ilgilendiriyorsa söz konusu olur¹⁹⁶. Alman hukukunda 2001 yılında yapılan değişiklikten sonra değere/kabule bağlı temyiz sisteminden izne bağlı temyiz sistemine geçilmiştir¹⁹⁷. Buna göre temyiz kanun yoluna, ancak hukuki mesele ilkesel bir öneme sahipse

olarak temyizcinin, etkin hukuki korumanın sağlanması yönünde esaslı bir garanti olduğu ifade edilmiştir (Bkz. **Tsikrikas**, s. 175, dp. 5). Yine öğretide de 1979 yılında yapılan değişiklik ile temyiz mahkemesinin yeni vakıa tespitleri ve delillerin değerlendirilmesinin gerekmediği durumlarda tarafların başvurusu üzerine yapılan temyiz incelemesinin sonunda bizzat hukuki uyuşmazlık hakkında karar verebileceği ve bu bağlamda temyizcinin ayrıca yargılamanın taraflarının etkin hukuki korumasına hizmet ettiği belirtilmektedir (**Tsikrikas**, s. 176, 202). Yine Fransız hukukunda temyizcinin somut olay adaletinin sağlanmasına da hizmet ettiği yönünde görüşler için ayrıca bkz. **Tsantinis, Sypros**, Kassation, Rechtsstaat und Rechtsmittelstaat, FS Nikolaos K. Klamaris, Athen 2016, s. 839-840, dp. 41; **Tok**, Temyiz, s. 85-86.

¹⁹⁶ **MüKoZPO/Krüger**, § 543, Kn. 3; **Zöller/Heßler**, Vor 543, Kn. 3; **Jauernig/Hess**, § 74, Kn. 1.

¹⁹⁷ Federal Mahkeme'nin sürekli olarak artan iş yükünün azaltılması konusunda tarihsel gelişim itibarıyla önceleri değere bağlı temyiz sistemi içerisinde temyize başvuru değerinin artırılması yoluna gidilmiştir. Ancak bu da sorunu çözme konusunda yetersiz kalmıştır (**Fischer, Robert**, Zur Entwicklung des Revisionsrechts seit dem Bestehen des Bundesgerichtshofs, DRiZ 1978, s. 4-6; **Prütting, Hanns**, in: Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar, Band 7, Wicczorek, Bernhard/ Schütze, Rolf A. (Hrsg.), 4. Aufl., 2018, § 542, Kn. 20-22; **Rosenthal**, s. 10 vd.). Öte yandan Federal Mahkeme'nin yalnızca ilkesel/temel hukuki sorunlarla ilgilenmesi gerektiği ve değer sınırlarının bir uyuşmazlığın hukuki önemini değerlendirmek için uygun bir kriter olmadığı ve temyizcinin kabul edilebilirliğinin "cüzdana bağlı" olmaması gerektiği ileri sürülmüştür. İlâveten değere bağlı temyiz, hukuk davalarında tarafların rolleri dikkate alındığında son derece olağan dışı olarak, ekonomik olarak güçlü olana uygunsuz bir şekilde ayrıcalık tanımakla eleştirilmiş ve "sosyal dengesizlik" yaratmakla suçlanmıştır (BT-Dr. 14/4722, s. 58-60; **Büttner, Hermann**, Revisionsverfahren - Änderungen durch das Zivilprozessreformgesetz, MDR 2001, s. 1201; **Rosenthal**, s. 23). 1975 yılında kanun koyucu eski AMUK m. 554b ile ilkesel öneme sahip olmayan uyuşmazlıklar bakımından temyize başvuruyu engellemeye çalışmış ancak bu girişim de başarısız olmuştur. Çünkü Federal Alman Anayasa Mahkemesi 1980 yılında verdiği kararda başarıya ulaşma ihtimali olan her temyiz başvurusunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir (BVerfG 54, 277: NJW 1981, 39). 2001 tarihli Reform Kanunu ile kanun koyucu başarı ihtimaline yönelik temyize başvuru nedenini ortadan kaldırıp, temyize başvuruyu sadece temel hukuki nedenlerle sınırlı bir izne tabi kıldı (AMUK m. 543/II). Bu son düzenlemenin anayasaya uygunluğu konusunda Federal Alman Anayasaya Mahkemesi şimdiye kadar olumsuz bir karar vermedi (BVerfG NJW 2004, 1371; BVerfG NJW 2004, 1729; **Hirsch, Günter**, Verfassungsrechtliches Bestimmtheitsgebot und gerichtliche Auslegung am Beispiel der neuen Zugangs Voraussetzungen zur dritten Instanz, FS Joachim Wenzel, 2005, s. 47 vd.; **Pickenbrock, Andreas**, Der Zugang zum BGH als Verfassungsproblem: Eine unendliche Geschichte?, Zugleich Anmerkung zu BVerfG, AnwBl 2004, s. 329 vd.; **Gottwald, Peter**, Verfassungsrechtliche Fragen des neuen deutschen Rechtsmittelrechts, FS Nemeth Janos, Budapest 2003, s. 294-295; **Wicczorek/Schütze/Prütting**, § 542, Kn. 37). Bununla beraber öğretide bu yeni düzenlemenin anayasal yönden problemli olduğu da ileri sürülmektedir. Zira, kanun koyucu, temyize başvuruda somut olay adaletinin sağlanması ile kamu menfaatini temin arasındaki gerilim ilişkisini makul bir şekilde çözüme kavuşturmalıdır. Başarı ihtimali olan ancak "ilkesel önemi" olmayan bir temyiz başvurusuna izin verilmemesi anayasanın hukuk uygulamasında eşitlik ilkesini ve kanun yolunun açıklığı ilkesini ihlal eder. Çünkü bu yeni düzenleme uyarınca karar "ciddi" ve "bariz" bir hukuki hataya dayanıyor ve bu yüzden de temyizcinin başarı ihtimali olsa bile, bu karara karşı temyiz başvurusu hukuki mesele ilkesel öneme sahip değilse reddedilecektir. Bu durumun temyizcinin "kontrol yönünün" önemini azaltacağı göz ardı edilmemelidir. Öte yandan "ciddi" ve "bariz" hukuk ihlalleri genellikle "somut olay adaletini" diğer hukuk ihlallerinden daha fazla tehdit eder ve bunların (ciddi ve bariz hukuk ihlallerinin) tespiti ve giderilmesi çok daha basittir. Ayrıca "ilkesel önemliliğin" varlığına ilişkin yapılacak yargısal tartışma, "hataların giderilmesi" dahil olmak üzere temyize izin verilmesinden daha çok zaman ve emek gerektirir. İlâveten bu hususlar yeni düzenlemenin adaleti temin talebi ve hak arama hürriyetinin anayasal gerekliliklerini karşılayamadığını da ortaya koymaktadır

veya hukukun gelişmesi yahut hukukta yeknesaklığın sağlanması için temyiz mahkemesinin kararı gerekli ise izin verilir (AMUK m. 543/II). Bu bağlamda temyiz başvurusu izni istinaf mahkemesi tarafından verilir. Ancak istinaf mahkemesi tarafından temyize izin verilmemesi halinde taraflar temyiz mahkemesine izin verilmeme şikayeti (*Nichtzulassungsbeschwerde*) başvurusu yapabilirler (AMUK m. 544). Ayrıca temyiz sebebi olan hukuka aykırılık, tarafların haklarına ilişkin her hukuk kuralına aykırılığı değil yalnızca temyiz edilebilir hukuka aykırılığı ifade eder. İlaveten temyiz mahkemesi, bu hukuka aykırılığı, alt derece mahkemesinin vakıa tespitleriyle bağlı olarak kontrol edebilir. Bu hususlar taraf menfaati ile açıklanamaz¹⁹⁸. Temyiz, kamu menfaatini de ilgilendiren hukuki uyumsuzluklarda hatalı mahkeme kararlarını ortadan kaldırarak somut olay adaletinin gerçekleştirilmesine ancak sınırlı olarak hizmet eder¹⁹⁹. Dolayısıyla taraf menfaati temyizcinin öncelikli amacı olmayıp, hukuki birliğin sağlanması ve hukukun geliştirilmesi yönünde yapılan temyiz incelemesinin bir sonucudur²⁰⁰.

Stadler'e göre ise, temyiz bir karışımın birleşimidir (*mixtum compositum*). Zira temyiz bir yönüyle tarafların bireysel menfaatleri için kendisinden faydalanılan bir taraf kanun

(**Fischer, Nikolaaj**, Verfassungsrechtliche Probleme des „neuen“ zivilprozessualen Revisionsrechts, AnwBl 2002, s.143; **Dorn, Christian**, Die Verfassungsmässigkeit des geänderten Rechtsmittelrechts der ZPO, AnwBl 2002, s. 211-212).

¹⁹⁸ **Essinger**, s. 10; **Schwinge**, s. 32; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 134, Kn. 21; **Martin, Reiner**, Prozessvoraussetzungen und Revision, 1974, s. 1-2. Bu argümanlar şu şekilde eleştirilmektedir; eski AMUK m. 563- mevcut AMUK m. 561'e göre, istinaf mahkemesi kararının gerekçesi bir hukuka aykırılığı ortaya koysa da, karar sonuç itibarıyla doğru ise temyiz başvurusu reddedilir. Bu husus temyizcinin sadece hukuka aykırılıkları kontrol mekanizması olmadığının ispatıdır. Temyiz soyut hukuka aykırılıktan ziyade sonuç itibarıyla doğru bir karar verilmesi yönünde bozucu ve düzeltici etkiye sahip olan bir üst mahkeme olarak yapılandırılmıştır (**Bettermann, Karl August**, Anfechtung und Kassation ZZZ 88 (1975), s. 372; **Prütting**, Revision, s. 92-93). İlaveten temyiz mahkemesinin alt derece mahkemesince gerçekleştirilen vakıa tespitleri ile bağılılığı mutlak ve tam değildir. Özellikle de uygulamada temyiz mahkemesi, alt derece mahkemesince yapılan vakıa tespitleriyle bağılılığını yumuşatmakta ve ortadan kaldırmakta olduğundan, temyiz mahkemesi vakıa tespitlerini her zaman alt derece mahkemesiyle aynı açıdan değerlendirmemektedir (**Prütting**, Revision, s. 92-93; **Schlosser, Peter**, Die Nachprüfung von Tatsachenfeststellungen durch die Revisionsinstanz in Zivilsachen, in: Tatsachenfeststellungen in der Revisionsinstanz, Schlosser, Peter (Hrsg.), Frankfurt am Main 1982, s. 25).

¹⁹⁹ **Thomas/Putzo/Reichold**, Vor § 542, Kn. 1; **Gottwald, Peter**, Ein fast perfektes System – Zivilrechtsschutz in Deutschland, FS Wolfgang Krüger 2017, s. 381. *Sinaniotis*'e göre, temyizcinin esas amacı hukukun doğru yorumlanması ve uygulanmasıdır, yani hukuki birliği sağlamaktır. İçtihatlarda birliğin sağlanması ise, temyizcinin amacı değil, sonucudur. Bu husus, temyiz mahkemesi kararlarının alt mahkemeleri bağlamamasından anlaşılmaktadır ki, bu da anayasal anlamda hâkimin bağımsızlığı ilkesine tekabül etmektedir. Bununla beraber temyiz, asıl amacının (hukuki birliği sağlama) dışında somut davada adil bir karar ile taraf menfaatlerini de korumaya çalışan bir kanun yoludur. Aksi takdirde temyiz mahkemesinin kararı, bir nevi hukuki konularda bilirkışı görüşü olurdu (**Sinaniotis**, s. 883-884).

²⁰⁰ **Essinger**, s. 13. *Heßler* ise, izne bağılı temyizcinin ve bu bağlamda yapılan sınırlandırmaların, temyiz mahkemesinin sübjektif hakların korunması görevini geri plana atmaması gerektiğini belirtmektedir (**Zöller/Heßler**, § 543, Kn. 8).

yoludur, ancak diğer yönüyle de temyiz yargılamasının yapılması kamu menfaatleri bakımından gerekli olmalıdır²⁰¹.

Avusturya hukukunda da temyizın amacı daha çok temyiz başvurusunun ancak önemli hukuki meseleler bağlamında caiz olmasına ilişkin sınırlamalar çerçevesinde ele alınmaktadır. AvMUK m. 502/I uyarınca, temyizın caiz olabilmesi için, istinaf mahkemesince karara bağlanan hukuki meselelerin çözümünün, hukuk birliği, hukuk güvenliği veya hukukun gelişimi bakımından önemli olması gerekir. Bugün Avusturya hukukunda ağırlıklı olarak, temyizın somut olay adaletinin sağlanmasına da hizmet ettiği ancak bunun temyizın öncelikli görevi olmadığı, temyizın öncelikli görevinin, içtihatlarda yeknesaklığın sağlanması, hukuk güvenliği ve hukukun geliştirilmesine katkı sunulması yönünde kamu menfaatine hizmet etmek olduğu kabul edilmektedir²⁰². Temyiz kanun yoluna müracaat için öngörülen sınırlamaların yanı sıra, temyiz nedenlerinin ve temyiz yargılamasının kontrol alanının diğer kanun yollarına göre daha sınırlı olması ve özellikle de temyiz mahkemesinde fiili (maddi) meselelerinin incelenmemesi, onun öncelikli görevinin kamu menfaatine hizmet etmek olduğunu ortaya

²⁰¹ **Stadler, Astrid**, Revision und öffentliches Interesse, FS Nikolaos K. Klamaris, Athen 2016, s. 763. *Stürner*'e göre ise, medeni usul hukukunun sübjektif hakları koruma amacı Anayasaya tarafından kanun koyucuya yüklenmiş bir görevdir. Ancak kanun koyucu bu görevini yerine getirirken hukuki barışın ve hukuki kesinliğin sağlanmasını da göz önünde bulundurur. Bu nedenle yargılamanın farklı aşamalarında bazı yönlerde belirli çerçevede ağırlık verilebilir. Nitekim temyiz kanun yolunun caizlik şartları ve diğer yönlerden sınırlandırılmasında kamu yararının gözetilmesi bunun bir yansımasıdır (**Stürner**, Prozesszweck, s. 546). *Fischer*'e göre, Alman temyiz mahkemesinin tarihsel gelişimi ve ödevi medeni usul ve ceza usul hukuku bakımından farklı şekillerde gerçekleşmiştir. Medeni usul hukuku bakımından temyize başvuru imkanı sürekli sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırmalar, temyiz değerinin artırılması, belirli konularda temyize başvurusu imkanının ortadan kaldırılması ve son olarak sadece ilkesel hukuki meselelerde bakımından temyize başvurulabileceği şeklinde ortaya çıkmıştır. Bu değişikliklerden sonra temyiz, hukuki birliğin sağlanması ve hukukun gelişimini temin etme yönünde kamu menfaatine hizmet eder. Bununla beraber bu kamu menfaati her halde somut taraf menfaati ile sağlanır (**Fischer**, Zur Entwicklung, s. 3-6)

²⁰² **Fasching**, Lehrbuch, s. 929, Kn. 1843-1846; **Zechner, Alfons**, in: Fasching/Konecny, Vor §§ 502 ff, Kn. 44; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, Vor § 502, Kn. 4; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 313, Kn. 584; **Pimmer, Herbert**, Bemerkungen zur Leitfunktion des Obersten Gerichtshofs in Zivilsachen, in Zivilverfahrensrecht Jahrbuch 2010, Wien Graz 2010, s. 280; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 502 ZPO, E38-40; **Bonomi, Andrea/Lenz, Rita**, Österreich, in: Der Kampf gegen die Überlastung der höheren Gerichte, Zürich 1995, s. 319; **Buchegger, Walter**, in: Buchegger, Walter/Deixler-Hübner, Astrid/Holzhammer, Richard, Praktisches Zivilprozessrecht I, Streitiges Verfahren, Linz 1998, s. 403; **Petrash, Franz**, Das neue Revisions –(Rekurs-) Recht, ÖJZ 1983, S. 177; **Danzl, Karl-Heinz**, »Erhebliche Rechtsfrage« und »Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung«, FS Irmgard Griss, 2011, s. 96-97; **Danzl, Karl-Heinz**, Die Anrufbarkeit des OGH in streitigen Zivilrechtssachen – von Franz Klein bis zur Gegenwart: Analyse – Rückblick – Ausblick, FS Rainer Sprung, Wien 2001, s. 97-98. *Kralik*'e göre, Yüksek Mahkemenin öncelikle içtihatlarda yeknesaklığı sağlamaya yönelik hizmeti, sadece hukuki değerlendirmeler bakımından anlamlıdır. Somut uyuşmazlığın hukuki yönden en doğru çözümü de hukuki yeknesaklığa uygun olarak gerçekleştirilen çözümdür. Hukuki yeknesaklık düşüncesi aynı zamanda temyizın bireyci (ferti) karakterine de uygundur (**Kralik, Rodrich**, Die Beweiswürdigung im zivilgerichtlichen Verfahren, ÖJZ 1954, s. 157). Ayrıca, temyiz mahkemesinin "ülkedeki hukuki yeknesaklığın garantörü ve sembolü" olduğu yönündeki görüş için bkz. **Danzl**, Erhebliche Rechtsfrage, s. 96, dp. 5.

koyar²⁰³. Ancak bununla birlikte, kanun koyucu her ne kadar AvMUK m. 502 ile temyiz mahkemesinin prensip olarak sadece önemli hukuki meselelerle ilgilenmesini istemiş olsa da uygulamada temyiz mahkemesi iptali istenen kararda ağır (büyük) hataların (*grober Fehler*) mevcut olduğu durumlarda (hukuk normunun savunulamaz bir hukuki görüş çerçevesinde yanlış yorumlanması, esaslı bir hukuki hatanın mevcut olması, bariz hatalı değerlendirmeler gibi) somut olay adaleti bağlamında denetim yapmakta ve bu hataları gidermektedir²⁰⁴.

Rechberger/Simotta'ya göre ise, temyizın iki amacı vardır. Bunlardan birincisi, istinaf mahkemesi kararını, hukuki meselenin çözümü ve usul kurallarına uyulması yönünden kontrol etmektir. İkinci amaç ise, hukuk birliğini, hukuk güvenliğini ve hukukun gelişimini temin etmektedir²⁰⁵.

İsviçre hukukunda temyiz incelemesini gerçekleştiren Federal Mahkemeye başvuru bakımından karma bir sistem benimsenmiştir. Malvarlığına ilişkin davalarda kural olarak değere bağlı temyiz sistemi geçerlidir. Ancak bununla beraber, kanunda öngörülen değeri aşmayan davalarda hukuki mesele ilkesel bir öneme sahip ise, temyiz kanun yoluna başvurulabilir (İFMK m. 74). Federal Mahkemenin temyiz incelemesinde yapacağı hukuk kontrolü kural olarak federal hukuka aykırılıklarla sınırlıdır. Bu nedenle öğretide ağırlıklı olarak Federal Mahkemenin öncelikli görevinin federal hukukun yeknesak yorumlanmasını ve uygulanmasını sağlamak olduğu ifade kabul edilmektedir²⁰⁶. Yine Federal Mahkeme

²⁰³ **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, Vor § 502, Kn.4.

²⁰⁴ **Rechberger/Simotta**, s. 638-639, Kn. 1111; **Pimmer**, s. 280; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, §502 ZPO, E40; **Fucik, Robert/Klauser, Alexander/Kloiber, Barbara**, Österreichisches und Europäisches Zivilprozessrecht, 12. Aufl., Wien 2015, § 502, s. 509.

²⁰⁵ **Rechberger/Simotta**, s. 635-636, Kn. 1108.

²⁰⁶ **Habscheid**, s. 782-783; **Dubs, Hans**, Beschränkung der Rechtsmittel, in: Mélanges Henri Grisel, Neuchâtel 1983, s. 680; **Messmer, Georg/Imboden, Hermann**, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen - Berufung, zivilrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde und staatsrechtliche Beschwerde, Zürich 1992, s. 102, Kn. 72; **Spühler/Vock**, s. 82; **Vogel/Spühler/Gehri**, s. 380; **Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler**, s. 418; **Hurni**, s. 99, Kn. 302; **Münch, Peter/Luczak, Christian**, in: Handbücher für die Anwaltspraxis Prozessieren vor Bundesgericht (HAP Bundesgericht), Geiser, Thomas/Münch, Peter/Uhlmann, Felix/Gelzer, Philipp S. (Hrsg.), 4. Aufl., Basel 2014, § 2, Kn. 2.1. *Stahelin/Bachofner*'e göre, temyiz, hem doğru bir karar elde etmeye yönelik taraf menfaatine hem de federal hukukun yeknesak bir şekilde uygulanmasına hizmet eder (*Stahelin/Stahelin/Grolimund – Stahelin/Bachofner*, § 27, Kn. 3). *Seiler*'e göre ise, Federal Mahkemenin ana görevi, federal hukukun yeknesak bir şekilde uygulanmasını temin etmek ve anayasal hakları korumaktır. (*Seiler, Hansjörg*, in: Bundesgerichtsgesetz (BGG) Bundesgesetz über das Bundesgericht, SHK - Stämpflis Handkommentar, Seiler, Hansjörg/von Werdt, Nicolas/Güngerich, Andreas/ Oberholzer, Niklaus (Hrsg.), 2. Aufl., Bern 2015, Art. 95, Kn. 12). *Schott*'a göre, Federal Mahkemenin temel fonksiyonu, federal hukukun doğru ve yeknesak uygulanmasını temin etmek, hukukun gelişimini sağlamak ve bireysel hukuki himayeyi garanti altına almaktır. (*Schott, Markus*, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Niggli, Marcel Alexander/Uebersax, Peter/Wiprächtiger, Hans (Hrsg.), 3. Aufl., Basel 2018, Art. 95, Kn. 10). *Däniken*'e göre, Federal Mahkemenin öncelikli amacı, federal hukukun yeknesak bir şekilde uygulanmasını

Kanunu'nda 2006 yılında yapılan değişiklik öncesi bilim komisyonunca hazırlanan raporda, Federal Mahkemenin diğer mahkemelerden farklı olarak özel görevinin, hukuk uygulamasında yeknesaklığı temin etmek, hukukun gelişimine katkı sunmak ve anayasal düzenlemelerin korunmasını gerçekleştirmek olduğu belirtilmiştir²⁰⁷. Daha sonra hazırlanan hükümet taslağı gerekçesinde ise, Federal Mahkemenin ana görevi olarak bu hususlar aynı şekilde tekrarlanmış²⁰⁸, ayrıca hak arayan bireyler için somut olayda hukuki koruma sağlamanın da Federal Mahkemenin ana görevlerinden biri olduğu ifade edilmiştir²⁰⁹.

c. Taraf Menfaati ve Kamu Menfaatini Eşdeğerde Gören Görüş

Öğretideki diğer bir görüşe göre temyizcinin amacı hem somut olay adaletini sağlanmak hem de hukuk birliğini tesis etmektir²¹⁰. Kuşkusuz temyiz hukuk uygulamasında birlik

sağlamaktır ve bu amaç aynı zamanda Federal Mahkemenin anayasal görevidir. Ayrıca hukuki yeknesaklık beraberinde hukuki güvenliğini ve hukukun gelişiminin sağlanmasını getirir. (**Däniken, Franz von**, Rechts und Tatfragen im Haftpflichtprozess, Zürich 1976, s. 7-8). **Hauser**'e göre, Alman, Avusturya ve İsviçre hukukunda temyiz mahkemesinin görevi, bütün ülke çapında yeknesak bir hukuk uygulamasını temin etmek ve kendi örnek uygulama prensipleri ile hukukun aynı/eşit şekilde uygulanmasını sağlamaktır (**Hauser, Robert**, Die Wahrung der Einheit der Rechtsprechung in rechtsvergleichender Sicht, FS Karl Heinz Schwab München 1990, s. 199).

²⁰⁷ Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege, Schlussbericht an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement 1997, s. 12; **Hurni**, s. 99-100, Kn. 302-304.

²⁰⁸ Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001, s. 4214, 4342.

²⁰⁹ Botschaft zur Totalrevision, s. 4214; **Chevalier, Marco**, Die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht, Basel 2009, s. 11, Kn. 31. **Tsikrikas**'a göre de, İsviçre Federal Mahkemesi temyiz yargılamasında sadece iptali istenen kararı bozmakla yetinebileceği gibi geniş kapsamlı vakıa tespitlerinin gerekmediği hallerde uyuşmazlık hakkında bizzat da karar verebilmektedir. Bu nedenle İsviçre hukukunda da temyiz öncelikle yargılamanın tarafları bakımından etkin hukuki koruma sağlamaya hizmet etmektedir (**Tsikrikas**, s. 183).

²¹⁰ **Pohle, Rudolf**, Revision und neues Strafrecht, Leipzig 1930, s. 80 vd; **Pohle**, 44. DJT, s. 14; **Sarstedt, Werner/Hamm, Reiner**, Die Revision in Strafsachen, Berlin-Newyork 1983, s. 8; **Planck**, s. 506; **Holzheid, Dietrich**, Gesetzesverletzung als Grundlage der Revision im Zivilprozeß, Nürnberg 1933, s. 13-15; **Arnold, Hans**, Die Neuordnung des Zugangs zum Bundesgerichtshof in Zivilsachen, JR 1975, s. 485; **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 86 vd.; **Hannich, Rolf**, in: ZPO-Reform 2002 mit Zustellungsreformgesetz, Hannich, Rolf/Christian, Meyer-Seitz (Hrsg.), München 2002, Vor § 542, Kn. 16; **May**, Revision, s. 22, Kn. 50, 54; **Voßkuhle, Andreas**, Rechtsschutz gegen den Richter, München 1993, s. 248; **Stein/Jonas/Jacobs**, Vor § 542-566, Kn.12-13; **Pfeiffer, Gerd**, Der BGH - nur ein Gericht für das Grundsätzliche?, NJW 1999, s. 2617-2618; **Rosenthal**, s. 40-41; **Aden, Menno**, Revisibilität des kollisionsrechtlich berufenen Rechts, RIW 2009, s. 476; **Wunderli, Ernst**, Die Trennung von Tat- und Rechtsfrage bei den zivilrechtlichen Rechtsmitteln oberster Instanz im französischen und deutschen Recht, Zürich 1947, s. 53-54. **Heßler**'e göre, temyiz bir taraf kanun yoludur ve temyiz başvurusunun hukuki himaye amacını gerçekleştirmeye hizmet eder. Bu nedenle temyizcinin amacı en azından ve aynı zamanda zorunlu olarak da hatalı kararları ortadan kaldırarak somut olay adaletini gerçekleştirmektir. Bununla beraber, bu bireysel hukuki amaç aynı zamanda temyiz mahkemesinin, hukukun gelişimi sağlama ve hukuki birliği temin etme yoluyla yeknesak hukuki koşulları yaratma yönünde kamu menfaatine hizmet etme göreviyle de örtüşmektedir. İlaveten salt izne bağlı temyiz sisteminde de temyiz mahkemesi bireysel kararlardaki hatalara müdahale eder ve somut olay bakımından doğru karar vermesine yönelik doğruluk kontrolü görevinden kaçınmaz (**Zöller/Heßler**, Vor § 542-566, Kn. 1-2 ve § 543, Kn. 8). **Rimmelspacher**'e göre, temyiz mahkemesinin görevi sadece somut olay adaletini sağlamak değildir. Temyiz mahkemesinin daha önemli görevi özel hukuk mahkemeleri aracılığıyla hukuk uygulamasının yeknesaklaştırılmasını sağlamak ve teşvik etmektir. Bu da kuşkusuz somut kararlar aracılığıyla

sağlanmasına hizmet eder. Ancak temyiz yargılamasının yapılandırılmasını göz önüne alındığında, bu husus taraf menfaatlerinin, kamu menfaatini sağlamak için kullanılan bir araç ve tali bir ürün olduğunu ortaya koymaz²¹¹. Her iki amaç arasında öncelik-sonralık ilişkisi olmayıp her iki amaç da aynı derecede önemlidir. Bu husus hem maddi hukuk hem de usul hukukuna aykırılıkların denetiminde aynı şekilde geçerlidir²¹². Hatta öğretideki bir görüşe göre, bu iki amaç kavramsal olarak da birbirinden açıkça ayrılamaz. Zira diğer olayları dikkate almaksızın sadece somut olay bakımından adalet talep etmek kavramsal olarak mümkün değildir^{213/214}. Temyiz mahkemesinin yapacağı inceleme ile hem hukuk uygulamasında birlik sağlanarak kamu menfaatine hizmet edilmiş olur hem de bu inceleme sonucunda hatalı mahkeme kararı ortadan kaldırılarak taraf menfaati korunur²¹⁵. Gerçek hukuki birlik ancak adaletli karar verilmesiyle sağlanır^{216/217}.

gerçekleştirilir. Bu nedenle de yeknesaklık kontrolü ile taraf adaleti arasında gerçek bir çatışma veya çelişki söz konusu değildir (**Rimmelspacher, Bruno**, Zur Systematik Revisionsgründe im Zivilprozess, ZZP 84 (1971), s. 49). *Musielak*'a göre de, temyiz, hem kamu menfaatine hem de taraf menfaatine hizmet eder ve bu her iki amaç da birbirini kapsar. Çünkü, somut olayda doğru bir karar verilmesi, zaten kamu menfaatine hizmet eder. Diğer bir ifadeyle, kamu menfaati, temyiz mahkemesine somut olay adaletini gerçekleştirme ödevini de yükler. Devletten hukuki himaye talebinde bulunan ve bunun için yargılama giderleri ve diğer külfetleri üstlenen vatandaş, mahkemenin, hakkını vereceğine, yani hukuki uyumsuzluğu hakkında ilgili kanuna uygun olarak doğru bir karar vereceğine güvenebilmelidir. Bu husus, yasaya göre başvurusu mümkün olan ilk derece ve diğer kanun yolu mahkemelerinin tamamı için geçerlidir (**Musielak, Hans-Joachim**, Der Zugang zur Revisionsinstanz im Zivilprozess, FS Walter Gerhardt, Köln 2004, s. 668, 669, 672, 676, 677).

²¹¹ **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 86; **Rosenthal**, s. 39.

²¹² **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 86, 89; **Sarstedt/Hamm**, s. 8.

²¹³ **Sarstedt/Hamm**, s. 8.

²¹⁴ Her iki amacı kavramsal olarak birleştiren görüş öğretide eleştirilmiştir. Zira temyizi kabil olmayan bir hukuki uyumsuzluk hakkında istinaf mahkemesi, temyiz mahkemesinin hukuki birliğini sağlayan soyut hukuki değerlendirmesinden saparak ona aykırı bir şekilde somut uyumsuzluk hakkında karar verebilir ve bu karar somut uyumsuzluk bakımından doğru bir karar olabilir. Ya da istinaf mahkemesi birden çok hukuki sorun hakkında karar verirken birden çok soyut hata yapmakla birlikte bu hatalar veya aykırılıklar birbirini ortadan kaldırabilir ve istinaf mahkemesi somut olay bakımından sonuç itibarıyla doğru bir karar verebilir. Nitekim, kanuna (eski AMUK m. 563- mevcut AMUK m. 561) göre, istinaf mahkemesi kararının gerekçesi bir hukuka aykırılığı ortaya koysa da, karar sonuç itibarıyla doğru ise temyiz başvurusu reddedilir. **Prütting**, Revision, s. 91.

²¹⁵ **Bettermann**, s. 402.

²¹⁶ **Rimmelspacher**, Revisionsgründe, s. 49; **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 87.

²¹⁷ *Kuchinke*'ye göre ise her iki amaç birbiriyle karşılaştırılmaz. Zira bir hukuk kurumunun içeriği ve etkisi sadece onun fonksiyonundan anlaşılır. Temyizin hem somut olayda doğru adil karar verme hem de hukuk uygulamasında birliği sağlama ve hukuku geliştirme fonksiyonu mevcuttur (**Kuchinke, Kurt**, Grenzen der Nachprüfbarkeit trichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, Bielefeld 1964, s. 46-47). *Prütting*'e göre *Kuchinke* her ne kadar bu iki amacı karşılaştırılmaz (*unvergleichbar*) olarak belirtse de sonuç olarak yetkinlik özelliği bakımından özü itibarıyla temyiz hukuk birliğini sağlama amacını üstün tutmaktadır (**Prütting**, Revision, s. 87, dp. 108).

d. Maddi Hukuk Aykırılık ve Usul Hukuk Aykırılık Ayrımını Esas Alan Görüş

Bu görüşe göre, maddi hukuka aykırılık nedeniyle başvurulanan temyizın iki amacı mevcuttur. Bu amaçlar, bir yönüyle hatalı kararların giderilmesi suretiyle kararların maddi doğruluğunun sağlanması, diğer yönüyle de hukuk uygulamasında birliğin sağlanması düşüncesidir. Bu noktada tartışılmalı husus temyizın bu her iki ödevinden hangisine öncelik ve ağırlık verileceğidir²¹⁸. Temyizin tarihsel oluşumu dikkate alındığında²¹⁹ bu kanun yolunda hukukta ve içtihatlarda birliğı sağlama amacının egemen olduğı açık bir şekilde anlaşılır. Bu amaç aynı zamanda temyizın kapsamını ve denetim sınırlarını belirler²²⁰.

Bununla birlikte usul hukukuna aykırılık nedeniyle başvurulanan temyizde amaç, maddi hukuka aykırılık nedeniyle başvurulanan temyize göre farklılık arz eder. Zira usul hukukuna aykırılık nedeniyle başvurulanan temyiz, somut olay bakımından bir düzeltme aracıdır. Bu ihtimalde usul hukukuna aykırılığın somut olay dışında hukuk uygulamasında birliğin sağlanması bakımından önemli olup olmaması, maddi hukuka aykırılığa dayanan temyizın aksine, önemsizdir. Usul hukukuna aykırılığa dayanan temyiz kanun yolunda egemen olan amaç, hukuki birliğin sağlanması değil, alt derece mahkemesi hâkimlerinin keyfi davranmalarını engellemek ve usul kurallarına titiz bir şekilde uyulmasını sağlamaktır. Usul hukuku kuralları hâkimlerin keyfililiğine karşı kişiler bakımından önemli bir güvencedir. Bu kurallara özenli bir şekilde uyulmasında hem kişilerin hem de toplumun yararı bulunur. Temyiz

²¹⁸ Schwinge, s. 26-27.

²¹⁹ Schwinge'ye göre 1898 tarihli Alman Medeni Usul Kanunu'nda İmparatorluk Mahkemesinin (*Reichsgericht*) görevleri arasında taraf menfaati göz önünde tutulmamıştır (Schwinge, s. 26, dp. 1). İddia edilen aksine hem Alman hukukundaki temyiz (*Revision*) hem de Fransız hukukundaki temyiz (*Kassation*) kanun yolunun görevi hukuk birliğini sağlamak ve korumaktır (Schwinge, s. 42). Fasching'e göre ise, 19. yüzyılda federal birliğin sağlanması amacına ulaşmak için İmparatorluk Mahkemesinin görevinin hukukta yeknesaklığı sağlamak olduğunun vurgulanması anlaşılabilir bir durumdur. Ancak bu arada durum kökten değişmiştir. Modern bir hukuk devletinde Yüksek Mahkemenin görevinin merkezinde, mahkemeler tarafından uygulanan bütün hukuk normlarının denetimi yer almaktadır (Fasching, *Probleme des Revisionsverfahrens*, s. 15). Holzheid'e göre, temyiz mahkemesinin amacı bakımından taraf menfaatinin göz önünde tutulmadığı yaklaşımı yerinde değildir. Temyiz mahkemesi sıklıkla hukuki birliğini sağlama yönünde kamu menfaate hizmet etmeyen meseleleri de incelemektedir. Çünkü pozitif düzenlemeler uyarınca temyiz mahkemesinin denetimi bunun çok ötesindedir. Temyizin amacı aynı zamanda somut olayda doğru karar verilmesidir. Kamu menfaatinin mevcut olmaması tek başına somut uyumsuzluğun temyiz edilebilirliğini engellemez. Ayrıca temyizın amacı olarak hukukun yeknesak uygulanması yönündeki kamu menfaati ile somut olayda doğru ve adil bir karar verilmesi yönündeki taraf menfaati birbiriyle çelişmez (Holzheid, s. 13-15).

²²⁰ Schwinge, s. 32-33.

mahkemesince kararın bozulması, usul kurallarına tam uyulması ve dikkat edilmesi bakımından, ihmalkar ve dikkatsiz hâkimler için bir uyarı oluşturmaktadır^{221/222}.

e. Temyiz Başvurusu ve Temyiz Yargılamasına Göre Ayırım Yapan Görüş

Bu görüşü savunanlara göre, temyiz kanun yolunun amacı, temyiz başvurusu ve temyiz yargılaması bakımından farklı şekillerde ortaya konabilir. Kanun koyucunun temyiz başvurusu için öngördüğü şartlar (hukuki meselenin ilkesel öneme sahip olması, hukuk birliği ve gelişimi için temyiz mahkemesinin kararının gerekmesi) bakımından kural olarak kamu menfaatleri ön planda tutulmuştur. Ancak bu husus tek başına temyiz amacının kamu menfaatine hizmet etmek olduğunu ortaya koymaz. Zira temyiz kanun yoluna izin/kabul kararı verilmesi için aranan şartlar sadece temyiz yargılaması yapılabilmesi için öngörülen erişim filtreleridir ve bunlar tek başına temyiz amacını belirlemez²²³.

Kanun koyucu, izin verilen temyiz yargılaması bakımından tamamen tarafları belirleyici kılarak temyiz yargılamasını sonuç itibarıyla somut olayda adil bir karar verilmesi yönünde

²²¹ Nitekim temyiz mahkemesi maddi hukuka aykırılıklar bakımından temyiz nedenleri ile bağlı değildir. Tarafların genel olarak maddi hukuka aykırılık iddiasında bulunması yeterli olup, böyle bir itirazın varlığı halinde temyiz mahkemesi maddi hukuk kurallarının uygulamasının tamamını denetler. Buna karşılık usule aykırılıklar bakımından genel usule aykırılık iddiası yeterli olmayıp, tarafların usule aykırılığı somut vakıalarla belirtmesi ve bu somut vakılarda usule aykırılıkların mevcut olduğunu ortaya koyması gerekir. Bu hususlar da söz konusu ayırımın diğer haklı gerekçelerini teşkil eder (**Schwinge**, s. 35-36; **Martin**, Prozessvoraussetzungen, s. 1-2. Ayrıca bkz. **Akcan**, s. 19-21). Bu yaklaşım da öğretide eleştirilmiştir. Zira usule aykırılıkların ileri sürülmesi zorunluluğunun nedeni temyiz mahkemesinin iş yükünün azaltılması ve daha sonradan bu itirazların ileri sürülmesinin engellenmesi suretiyle yargılamanın hızlandırılmasıdır. İlâveten bu husus yasal bir zorunluluk olmasa dahi pratik bakımdan gereklidir. Zira usuli hataların temyiz mahkemesince kendiliğinden tespiti genellikle kolaylıkla gerçekleştirilemez (**Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 89).

²²² Bu gerekçe de, hâkimlerin keyfî davranmalarının önlenmesinin ve kurallara titiz bir şekilde uyulmasının sağlanmasının sadece usule aykırılıklarda değil aynı zamanda maddi hukuka aykırılıklarda da geçerli olduğu belirtilerek eleştirilmiştir. **Akcan**, s. 20.

²²³ **Prütting**, Revision, s. 92, 94; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 542, Kn. 12-14; **Traut**, s. 61; **Wenzel, Joachim**, Das neue zivilprozessuale Revisionszulassungsrecht in der Bewährung, NJW 2002, s. 3353; **Saueressig**, s. 310-311; **Schwarz, Holger**, Die reformierte Berufung im Spannungsfeld zwischen Tatsachen und Revisionsinstanz- erstinstanzliche Sachverhaltsrekonstruktion und Auslegung individueller Vertragserklärungen im Fokus berufungsgerichtlicher Urteilstkontrolle nach der ZPO-Reform, Remscheid 2008, s. 138-139. **Piekenbrock/Schulze**'e göre de, temyize başvuru sadece kamu menfaatine yönelik olsa bile, temyiz incelemesi taraf menfaatlerine hizmet eder (**Piekenbrock/Schulze**, s. 919). **Wenzel**, kanun koyucunun, temyiz başvurusu için öngördüğü sınırlamalarla taraf menfaatlerini, kamusal menfaatleri yerine getirmek için bir taşıt/araç olarak (bu yönde bkz. **Ullmann**, s. 597) kullanmak istemediğini, aksine bu sınırlamalarla temyiz başvurusunu daha adil kılmak istediğini ifade etmektedir (**Wenzel**, s. 3353). **Musielak**'a göre, temyize başvuru bakımından, sadece kamu menfaatinin mi, yoksa aynı zamanda somut olayda doğru karar verilmesi yönünde taraf menfaatinin de mi dikkate alınması gerektiği yönündeki tartışma ve sorun, görünüşte bir problemdir. Çünkü anayasa gereği hukukun herkese eşit uygulanması gerekir ve somut olayda doğru ve adil karar verilmesi, zaten kamu menfaatine ilişkindir (**Musielak**, Der Zugang, s. 680).

taraf menfaatine hizmet edecek şekilde yapılandırmıştır. Nitekim tarafların temyiz başvurusunu geri alabilmeleri veya temyiz başvurusundan feragat edebilmeleri temyiz yargılaması bakımından tarafların yegane belirleyici olduklarını ve hukuk birliğini sağlama ve hukukun gelişimine katkıda bulunma düşüncesinin arka planda kaldığını açıkça ortaya koyar²²⁴. Yine, temyiz kanun yolunun kabule şayanlık şartlarında hukuki yarar şartının mevcut olması, temyiz kanun yolu açık olsa bile istinaf mahkemesi kararına karşı temyize başvurup başvurmamakta tarafların tamamen serbest olması ve bu bağlamda tasarruf ilkesinin geçerli olması, temyiz mahkemesinin ancak tarafların temyiz talepleri kapsamında inceleme yapabilmesi ve temyize başvuru giderlerinin taraflarca karşılanması kamu menfaati ile açıklanamaz²²⁵. İlaveten AMUK m. 561'e göre, istinaf mahkemesi kararının gerekçesi bir hukuka aykırılığı ortaya koyuyor olmasına rağmen kararın kendisi diğer nedenlerden dolayı sonuç itibarıyla doğru ise, temyiz başvurusu reddedilir. Bu husus da temyizcinin öncelikli ve ağırlıklı amacının, somut olayda adil ve doğru karar verilerek taraf menfaatlerine hizmet etmek olduğunu net bir şekilde göstermektedir²²⁶. Zira yeknesaklığı tehlikeye düşüren hukuka aykırılıklar nihayetinde hiçbir şekilde önem taşımamaktadır²²⁷.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Alman Medeni Usul Kanunu'nda 1975 yılında yapılan değişiklikler hakkında verdiği kararlarda temyiz kanun yolunun amacı bakımından bu görüşe yakın bir yorum yapmıştır. Federal Anayasa Mahkemesi, temyiz mahkemesinin ilkesel öneme sahip olmayan hukuki konularda yapılan temyiz başvurusunu kabul etmeyebileceğine ilişkin kanuni düzenlemeyi (eski AMUK m. 554b), başarıya ulaşma ihtimali olan her temyiz talebinin kabule şayan sayılması gerektiği şeklinde yorumlamıştır²²⁸. Yine mahkemenin yerleşik içtihadına göre, temyiz kanun yolunun, kabule şayanlık şartları (değere bağlı ve/veya izne bağlı temyiz olması) ve temyiz edilebilir hukuk kuralları yönünden sınırlandırılması, onun içtihat birliğini sağlama ve hukukun gelişimine katkı sunma yönünde kamu menfaatlerine hizmet ettiğini ortaya koyar. Ayrıca, temyiz mahkemesince, iptali istenen kararın doğruluğunun kontrolünün, itiraz edilen karardaki vakıa tespitlerine bağlı olarak gerçekleştirilmesi de temyizcinin tarafların somut olayda haklarını elde etmelerine yardımcı olma amacını geri plana iter. Ancak bütün bu sınırlamalara rağmen, açık olan bir temyiz incelemesinde amaç, somut

²²⁴ **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 542, Kn. 15a; **Traut**, s. 61-63.

²²⁵ **Prütting**, Revision, s. 89.

²²⁶ **Gilles**, Rechtsmittel, s. 79; **Gilles**, Hipertrofik, s. 46; **Traut**, s. 61-62.

²²⁷ **Gilles**, Rechtsmittel, s. 79-80; **Gilles**, Hipertrofik, s. 46.

²²⁸ BVerfG 49, 148; NJW 1979, 15; BVerfG 54, 277; NJW 1981, 39; **Schlosser**, s. 25.

olay bakımından hukuken doğru bir karar verilmesini temin etmektedir. Bu amaç, doğrudan ve kendiliğinden kanuni düzenlemelerden ortaya çıkar. Çünkü temyiz, somut olay bakımından doğru bir karar verilmesi yönünde tarafların hizmetinde olan bir taraf kanun yolu olarak yapılandırılmıştır. Bu husus hem izne bağlı hem de değere bağlı temyiz için geçerlidir. Kuşkusuz bu durum temyiz diğer amaçlarının (içtihat birliğini sağlama ve hukukun geliştirilmesi) daha az önemde olduğu anlamına gelmez. Açık olan bir temyiz incelemesinde prensip olarak bu amaçlar birbiriyle çatışmaz, aksine el ele yürürler. Somut olay bakımından verilen doğru karar ile bir yandan içtihat birliği ve hukukun geliştirilmesi sağlanır, öte yandan alt derece mahkemesine karşı temyiz kontrol fonksiyonu gerçekleştirilmiş olur²²⁹. Özetle mahkemeye göre, kabule şayanlık şartlarını taşıyan ve açık olan bir temyiz incelemesinde temyiz amacı, somut olay adaletini sağlamak, hukukta birliği tesis etmek ve hukukun geliştirilmesine katkı sunmaktır ve bu amaçlar aynı değer olup aralarında öncelik-sonralık ilişkisi yoktur²³⁰.

Gummer'e göre de, temyiz başvurusu bakımından öngörülen sınırlamalar, caiz ve açık olan bir temyiz incelemesinin amacı bakımından herhangi bir rol oynamaz ve açık olan bir temyiz incelemesinde amaç somut olay bakımından doğru karar verilmesidir. Ayrıca temyize başvurusu için öngörülen, hukuki meselenin ilkesel öneme sahip olması ve hukukun geliştirilmesine katkı sunması şartları bakımından, tarafların somut olayda doğru karar verilmesi yönündeki menfaati yeterli değildir. Ancak temyiz başvurusu için öngörülen üçüncü ihtimal olan, içtihat birliğinin sağlanması için temyiz mahkemesinin kararının gerekmesi şartı bakımından durum farklıdır. Bu son ihtimal, temyiz incelemesine, somut olay bakımından doğru karar verilmesi yönünde erişim izni verilmesi bakımından hareket özgürlüğü sağlar²³¹. Nitekim uygulamada temyiz mahkemesi de, özellikle istinaf mahkemesi tarafından temyize izin verilmemesi üzerine kendisine yapılan şikayette (*Nichtzulassungsbeschwerde*) bu son ihtimali geniş yorumlayarak, somut olay adaleti yönündeki taraf menfaatleri bakımından kararın kontrolünü sağlamak üzere, temyiz başvurusuna izin vermektedir²³².

²²⁹ BVerfGE 54, 277, 289; NJW 1981, 39, 41.

²³⁰ **Gaier, Reinhard**, Die Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung des BGH, NJW-Sonderheft 2. Hannoveraner ZPO-Symposion, 20. September 2003, s. 19.

²³¹ **Gummer, Peter**, Die Revision- noch ein Weg zur Einzelfallgerechtigkeit?, FS Max Vollkommer, Köln 2006, s. 327; **Zöller/Hefler**, § 543, Kn. 8.

²³² **Gummer**, s. 328; **Ball, Wolfgang**, Die Reform der ZPO - eine Wirkungskontrolle. Das neue Revisionsrecht, Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentages (Bonn 2004), Band I, Gutachten, Berichte, A74, 75, 86. *Gottwald* de, temyiz mahkemesinin yılda yaklaşık 5.000 davaya baktığını, ilkesel öneme sahip hukuk

3. Temyiz Kanun Yolunun Amacına İlişkin Türk Hukukundaki Görüşler

Türk hukukunda da temyiz kanun yolunun amacının ne olduğu konusunda çok çeşitli görüşler söz konusudur. Öğretideki bir görüşe göre temyizcinin amacı, hukuk uygulamasında ve içtihatlarda birliğin sağlanması, hukukun doğru ve eşit uygulanması²³³ ve kanunun objektif iradesinin hâkim kılınmasıdır²³⁴. Temyiz incelemesi sonucunda uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmemesi, temyiz incelemesinin temyiz sebepleri ile sınırlı olmadan ve sadece hukuka aykırılık yönünden yapılması, tarafların temyiz incelemesinde yapılacak duruşmaya gelmemesi

meselerinin açıklanması ve hukukun geliştirilmesi bakımından bu kadar fazla dava olduğuna inanmanın zor olduğunu, bu durumun temyiz mahkemesinin kendisini salt kamu yararına ilişkin sorunlarla sınırlandırmadığını, aynı zamanda taraf menfaatlerine hizmet etmek yönünde temyize izin verdiğini ortaya koyduğunu belirtmektedir (**Gottwald, Peter**, Alman Federal Adalet Mahkemesi-Genel İlkeler ve Bireysel Adalet Arasında Yer Alan Bir Yüksek Mahkeme, (Çev. Fulya Teomete Yalabık), MİHDER, C. 9, S. 24, 2013/1, s. 166).

²³³ **Berkin**, s. 214; **Bilge/Önen**, s. 57, 640; **Bilge**, Karar Düzeltme, s. 6; **Gürdoğan, Burhan**, Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi, Ankara Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Enstitüsü Yayınlar No. 7, 1967, s. 29, 42; **Sivrihisarlı, Ömer**, Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri Ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul 1978, s. 17; **Postacıoğlu, İlhan E.**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975, s. 95, 723; **Budak/Karaaslan**, Medeni Usul, s. 400, Kn. 5; **Selçuk, Sami**, Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlamalara Uymamanın Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri, MÜHF-HAD, Özel Sayı: Nur Centel'e Armağan, 2013, s. 326. *Pekcanitez* de genel olarak Yüksek Mahkemelerin hukuk ve içtihat birliğinin sağlanması yolunda amaçlarının olduğunu belirtmektedir. Yine *Pekcanitez*, temyizcinin amacının hukuk uygulamasında birliğin sağlanması, kanunların eşit uygulanması ve hukukun gelişmesinin sağlanmasını olduğunu, hukuka aykırı kararın bozularak kaldırılmasının taraf yararına, hukuk uygulamasında birliğin sağlanmasının kamu yararına hizmet ettiğini, bu amaçların birbirine üstünlüğünün olmadığını belirtmektedir (**Pekcanitez, Hakan**, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Temyiz Kanun Yolunda Yargısal Denetimin Sınırı Maddi ve Hukuki Denetim, Türk Hukukunda İstinaf Reformu Sonrası Yargıtay'ın Temyiz İncelemesinde Hukukilik Denetiminin Sınırları Sempozyumu, 20-21 Nisan 2017 Ankara, s. 221, 249). *Arslan*'a göre, genel olarak kanun yolunun kabulünde amaç, yargı organlarınca verilen her türlü yargısal kararların doğru olmasını sağlamak ve kararın doğru olmadığı kuşkusunun varlığı halinde söz konusu kararın düzeltilmesini istemektir (**Arslan**, Yenilenme, s. 9). *Sungurtekin*'e göre, kanun yolunun amacı mahkemece verilen nihai kararların, denetim suretiyle gerçeğe uygunluğunu sağlamanın yanı sıra, hukukun uygulanmasında birliği dolayısıyla hukuki güvenliği temin etmektir (**Sungurtekin**, Karar Düzeltme, s. 473). Yine *Sungurtekin*'e göre, kanun yolunun amacı, bir taraftan verilen kararların maddi bakımdan doğruluğunu temin etmek ve böylelikle taraf menfaatine hizmet; diğer yandan ise, hukukun uygulamasında birliği sağlayarak hukukun gerçekleşme ve gelişimine yardımcı olmak ve bu suretle hukuki güvenliği temin ederek kamu yararına hizmettir. Aslında bu iki husus birbirini tamamlamaktadır (**Sungurtekin**, Karar Düzeltme, s. 474). *Üstündağ*'a göre temyiz kanun yolunun, somut olay bakımından kararın maddi haklılığı temin etmek ve hukuk uygulamasında birliği sağlamak üzere iki amacı vardır. Türk hukukunda temyize erişim için öngörülen değerin (eski HUMK m. 427) düşük olması nedeniyle temyiz kanun yolunun ön planda tarafların menfaatini dikkate alarak, tesis edilmiş olduğu söylenebilir (**Üstündağ**, Kanun Yolları, s. 15, 17; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 820). Ancak bununla birlikte *Üstündağ* başka eserlerinde, temyiz mahkemesinin tesisindeki esas amacın hukuk kaidelerinin uygulamasında ayrılıkları ortadan kaldırarak, hukukun uygulamasında birliği ve hukuki güvenliği sağlamak olduğunu belirtmektedir (**Üstündağ, Saim**, Temyizin Nakzından Sonraki Durum, Saim Üstündağ Makaleler İçtihat Tahlilleri Çeviriler, Ankara 2010, s. 50; **Üstündağ, Saim**, 1711 Sayılı Kanun'un Kanun Yolları Bakımından Getirdiği Değişiklikler Ve Bunların Değerlendirmesi, Saim Üstündağ Makaleler İçtihat Tahlilleri Çeviriler, Ankara 2010, s. 190). *Kuru* da, Yargıtay'ın en önemli görevinin bütün yurttaki hukuk kurallarının aynı şekilde uygulanmasını diğer bir ifadeyle içtihat birliğini gerçekleştirmek olduğunu ifade etmektedir (**Kuru**, HMK El Kitabı, C. 2, s. 1469; **Kuru/Aydın**, s. 547-548). *Bulut*'a göre, temyizcinin asli amacı, hukukun doğru uygulanmasını ve hukuk birliğinin sağlanmasıdır (**Bulut, Uğur**, Medenî Usûl Hukukunda Temyiz İncelemesinin Kapsamı Ve Sınırları, Ankara 2022, s. 199).

²³⁴ **Öztek**, Temyiz, s. 66-67; **Öztek**, İstinaf, s. 176; **Öztek**, Şerh, s. 54-55.

halinde ilk derece yargılamasından farklı olarak duruşmaya tarafların yokluklarında devam edilmesi²³⁵ hususları, temyiz kanun yolunun hukuk birliğini sağlamaya ve hukukun geliştirilmesine katkı sunmaya hizmet ettiğini ortaya koyar²³⁶. Temyizin amacı olarak kanunun objektif iradesinin hâkim kılınması ise bireysel bir temele dayanır. Bu da kanun önünde eşitlik ilkesidir (AY m. 10). Bu ilke, hukuk kurallarının aynı şartlar altında bulunan herkese aynı şekilde uygulanmasını gerektirir. Kanunlara uyulması ve kanunların eşit uygulanmasındaki genel yarar aynı zamanda hak arayanların bireysel yararlarının gerçekleştirilmesine de hizmet eder. Dolayısıyla genel yarar ve taraf yararı birbirlerini mutlaka iten kavramlar olmayıp, aksine, temyiz kanun yolu teknik ve ilke itibarıyla her iki yarara da hizmet etmektedir²³⁷.

²³⁵ *Akkaya*'ya göre, temyiz duruşmasına tarafların gelmemesi halinde yokluklarında duruşmaya devam edileceğine ilişkin düzenleme (HMK m. 369/5), temyiz kanun yolunda taraf menfaatlerinin ön planda tutulmadığını ortaya koymaktadır. Zira yazara göre, şayet temyiz incelemesinde taraf menfaatleri ön planda tutulsaydı, tarafların duruşmaya gelmemesi halinde temyiz incelemesine son verilmesi gerekirdi. Çünkü taraflar kendi menfaatleri için yapılması gerekenleri yapmadıkları için, onların yokluğunda yargılama yapılması tasarruf ilkesiyle bağdaşmazdı (**Akkaya**, İstinaf, s. 72, dp. 74). Yine *Akkaya*, Türk hukukunda temyiz kanun yolu ve tarafların yararlarının bir arada gerçekleştirilmesini amaçlayan bir kanun yolu olarak yapılandırıldığını, zira Yargıtay'ın delillerin takdirine müdahale ettiğini, ancak istinaf mahkemelerinin göreve başlamalarından sonra, bu mahkemelerce verilen kararların Yargıtay'ca denetlenmesinin öncelikle hukuk birliğinin korunmasına, hukuki güvenliğe ve kamu yararına hizmet edeceğini belirtmektedir (**Akkaya**, İstinaf, s. 74; **Akkaya, Tolga**, Temyize Başvuru Hakkının Sınırlandırılması ve İzne Bağlı Temyiz Sistemi, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, 2009, s. 98). Ayrıca *Akkaya*'ya göre, temyiz tâli olarak, başvuruda bulunan tarafın hukukî korunma ihtiyacının karşılanmasına ve somut olay adaletinin gerçekleştirilmesine de hizmet etmektedir (**Akkaya**, Temyiz, s. 69).

²³⁶ **Öztek**, Selçuk, Temyiz, s. 67; **Gürdoğan, Burhan**, Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk, AÜSBFD, C. 11, S. 3, 1956, s. 274; **Bilge/Önen**, s. 640; **Akkaya**, İstinaf, s. 72-73.

²³⁷ **Öztek**, Temyiz, s. 67; **Öztek**, İstinaf, s. 177; **Öztek**, Şerh, s. 55; **Taşpınar-Ayvaz, Sema**, İstinaftan Sonraki Temyiz İncelemesi ve Sonuçları, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, s. 205-206. Bununla beraber **Öztek**, Yargıtay'ın yapacağı son incelemenin amacının hukuk kurallarının doğru ve bütün ülkede yeknesak bir şekilde uygulanması olduğunu vurgulamaktadır (**Öztek**, İstinaf, s. 176). Yine **Öztek**, kararın maddi haklılığının sağlanması amacının, temyiz içtihat birliğini sağlama amacı karşısında öncelikli amaç olmadığını belirtmektedir. Yazara göre, somut olayda adil karar verilmesi amacı istinafin başta gelen amacıdır. Maddi haklılığın sağlanması amacının ön plana çıkarılması, temyiz mahkemesi kurumunun esas görevi ihmal edilerek, ona bir istinaf mahkemesi fonksiyonunun atfedilmesi anlamına gelir (**Öztek**, İstinaf, s. 178; **Öztek**, Şerh, s. 56). **Yılmaz**'a göre, artık çağımızda hukuk yargılamasının toplumsallığı (sosyalliği) ağır basmakta olduğundan, esas olan hukuk birliğini yaratmak ve korumaktır ve bunun kaçınılmaz sonucu da somut olayda adaletin gerçekleştirilmesidir. Her iki amaç da birbirinden ayrılmayacak kadar birbiri içinde var olmakta ve birbirini bütünlemektedir (**Yılmaz, Ejder**, Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu, TBBD 1988/1, s. 133). **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, kanun yolunun yanlış kararın düzeltilmesi yoluyla taraf menfaatlerine, içtihat birliğinin sağlanması ve gelişmesi yönüyle de kamu menfaatlerine hizmet ettiğini ve bu iki amaç arasında üstünlük olmadığını ve bu amaçların birbiriyle çelişmediğini ifade etmektedir (**Pekcanitez/Atalay/Özekes**, HMK, s. 474). **Akcan** da, kanun yolunun amacı olarak somut olay adaletinin sağlanması ve hukuk uygulamasında birliğin gerçekleştirilmesi amaçlarının iç içe geçtiğini ve bunların birbirini tamamlayan hususlar olduğunu, kanun yolunun amacının, bu her iki amaca ulaşmak olduğunu ve bunlar arasında öncelik-sonralık ilişkisi olmadığını belirtmektedir (**Akcan**, s. 9-10). Yine **Akcan**, temyiz kanun yolunun öncelikle hukuk birliğini sağlamak ve hukukun gelişmesine katkı sunmak olduğunu ifade etmektedir (**Akcan**, s. 16). Bununla birlikte temyiz kanun yolunun amacı esas amacı, hukuk yargılamasında birliğin sağlanması ve hukukun geliştirilmesi olarak kabul edilse bile, hukuka uygun olmadığı düşünülen kararların temyiz edilmesi durumunda, artık temyiz kanun yolunun amacı, kamu ve taraf yararlarına hizmet

Diğer bir görüşe göre, kanun yolu incelemesinin salt hukukun geliştirilmesi ve hukuk birliğinin sağlanması görevlerini üstlenmesi, yani kamu yararına çalışması, hukuk devleti bakımından sorgulanmalıdır. İstinaf ve temyiz başvurusunda tasarruf ilkesinin geçerli olması, talep sonucunun kanun yoluna başvuran tarafça belirlenmesi, taraflarca kanun yoluna başvuru giderlerinin karşılanması, istinaf ve temyiz şartları arasında hukuki menfaat şartının bulunması hususları, kanun yolu incelemesinin kaderinin taraflarca belirlendiğini ortaya koyar. Kanun yolunun birincil amacı, bireysel etkin hukuki korumaya hizmet etmektir. İlâveten Türk hukukunda değere bağlı temyiz sisteminin tek kriter olarak kabul edilmesi temyiz incelemesinin yaygın bir şekilde uygulanmasına yol açmıştır. Hukukumuzda istinaf ve temyiz kanun yolları arasındaki amaç ve nitelik farkı yok denecek kadar azdır. Bireysel etkin hukuki korumaya hizmet hem istinafın hem de temyiz en önemli amacıdır²³⁸.

etmektir (**Akcan**, s. 17. Aynı yönde; **Özbay, İbrahim**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeler Kanununa Göre İstinaftan Sonraki Temyiz Sistemimizde Temyiz Edilebilen ve Edilemeyen Kararlar, İÜHFM, Prof. Dr. İl Han Özay'a Armağan, 2011, s. 413-414). **Karaarslan** da, temyiz kanun yoluna başvurulması halinde hem hukuk birliğine hizmet edilmiş hem de tarafların hukuki himayesine katkı sağlanmış olacağını belirtmektedir (**Karaarslan, Varol**, Kanun Yolu Sistemine Eleştirel Bir Bakış, MİHDER, C.15, S. 43, 2019/2, s. 460). **Teomete Yalabık**, bireysel etkin hukuki korumanın ikinci plana itildiği bir kanun yolunun düşünülmemeyeceğini aynı şekilde içtihat birliğini hafife alan bir kanun yolunun da ömrünün uzun olmayacağını belirtmekte ve Özbek'e atıfla genel yarar ve taraf yararının birbirini itmediğini ve temyiz her ikisine de hizmet ettiğini belirtmektedir (**Teomete Yalabık**, Temyiz, s. 7). **Atalay**'a göre, her ne kadar Yargıtay'ın üst derece mahkemesi, temyiz mahkemesi olarak fonksiyonu, hukuk ve içtihat birliğinin sağlanması ve objektif hukukun gerçekleştirilmesi olarak kabul ediliyorsa da, Yargıtay aynı zamanda ikincil olarak birey menfaatlerine hizmet edecektir (**Atalay, Oğuz**, Tartışmalar, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, s. 74). **Tanrıver**'e göre ise, istinafta ön planda olması gereken olay adaleti ve etkin hukuksal korunma boyutudur. Buna karşılık temyizde ise, gerçek anlamda istinaf sistemine işlerlik kazandırılacak olursa, yargısal denetim boyutu ön planda olduğu için aynı ya da birbirine benzer olaylarda ülke genelinde hukuk uygulamasında birliği sağlama, hukuku yeknesaklaştırma, hukukun gelişimine katkı sunma ön plandadır (**Tanrıver, Süha**, Tartışmalar, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, s.75). Yine **Tanrıver**'e göre, temyiz yargılaması kapsam itibarıyla salt hukuka uygunluk denetimiyle sınırlı bulunduğu için, esas itibarıyla, hukuk kurallarının, aynı ya da birbirine benzeyen olaylarda, ülke genelinde yeknesak bir biçimde uygulanmasını gerçekleştirmeye yönelmiştir ve temyiz mahkemesi, bu işlevi, içtihatların birleştirilmesi kurumuna işlerlik kazandırılması üzerine yerine getirir (**Tanrıver**, Usul C.2, s. 41). **Çiftçi**'ye göre, kanun yolları, subjektif nitelik olan kişisel adaletin sağlanmasının bir teminatı olduğu gibi aynı zamanda ve daha da önemlisi objektif nitelik olan hukuki gelişim ve birliğe bulunduğu katkı ile kamu düzenin korunmasının teminatı da teşkil eder (**Çiftçi**, İstinaf, s. 9).

²³⁸ **Deren-Yıldırım**, Kanun Yolları, s. 13-14; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 448. **Atalı**'ya göre de, temyiz kanun yolunun öncelikli amacı her hâlükârda subjektif hakların korunmasıdır (**Atalı**, Aleyhe Bozma, s. 97). **Erdoğan** da aynı sebeplerle temyiz kanun yolunun tereddütsüz bir şekilde taraf menfaatlerine de hizmet ettiğini belirtmekte ancak bu amacın öncelikli amaç olduğunu açıkça ifade etmemektedir. **Erdoğan**'a göre, temyiz amacı, hem somut uyuşmazlık bakımından taraf menfaatlerinin doğru ve adil bir şekilde sağlanmasına hem de hukuk yaratılması, yargı organları arasında uyumun sağlanması, maddi hukuk kurallarının yeknesak şekilde yorumlanması ve doğru olarak uygulanması, alt derece mahkemelerinde usul hukuku kurallarına uygun hareket edilip edilmediğinin kontrol edilmesi şeklinde somutlaşabilecek kamu menfaatlerine hizmet etmektedir (**Erdoğan**, Yabancı Hukuk, s. 828-830). **Yavaş**'a göre ise, usul hukukun amacı, maddi hakikati tesis etmek ve bu bağlamda tarafları tatmin eden bir kararın ortaya çıkmasını sağlamak olduğuna göre kanun yolunun amacı da bundan ayrı düşünülemez. Somut olayda maddi hakikati temsil eden

Öğretideki başka bir görüşe göre, Fransız ve Alman hukukundaki gelişim göz önüne alındığında temyiz kanun yolunun, başta hukuki yeknesaklık olmak üzere kamu yararının yanı sıra, somut olayda maddi adaleti gerçekleştirmek ve sübjektif hakların himayesini sağlamak suretiyle birey yararını ön planda tutmak şeklinde, medeni ve ceza usul hukuku için müşterek bir amaca sahip olduğu söylenebilir²³⁹.

Anayasa Mahkemesi, kanun yolunun amacını, genel ifadelerle, taraflara ve topluma güvence sağlamak, toplumun adalet duygularını daha büyük ölçüde doyurmak²⁴⁰, yargı yerleri tarafından verilen kararların kural olarak başka bir yargı yeri tarafından denetlenmesine imkân tanınmak suretiyle daha güvenceli bir yargı hizmeti sunmak olarak ifade etmektedir²⁴¹.

Yargıtay eski tarihli bir içtihadı birleştirme kararında; usul kurallarıyla güdülen amacın maddi hakka varma olduğunu, sadece hukuki istikrar için maddi hakka ulaşma amacının göz ardı edilemeyeceğini ve ancak bu şekilde bir uygulama ile adalet duyulan güveninin artırılabilirliğini belirtmektedir²⁴². Yeni tarihli bir başka kararında ise; temyiz kanun yolunun amacının, kanunların ülkenin sınırları içinde yer alan bütün mahkemelerde aynı anlayışla

nihai kararın oluşması (gerek ilk derece mahkemesi kararı gerekse de kanun yolu incelemesinden sonra) öncelikle tarafların tatmin olmasına, sonra da hukuki barışın ve nihayetinde toplumsal barışın tesisine önemli katkı sağlar. Kanun yolu başvurunun kabul edilmesi ile bir yandan verilen kararın hukuka uygunluğunun sağlanması ve bu şekilde maddi hakikatin ortaya konulması, diğer taraftan hukuk uygulamasında birliğin elde edilmesi, hukuki ve toplumsal barışın oluşturulması ile somut olay adaletinin gerçekleşmesinin önünün açılarak bireyin sübjektif haklarının etkin olarak korunmasının hedeflendiği söylenebilir (**Yavaş**, Temyiz, s. 25-28). **Karşı**, temyiz yolunun düzenlenmesinde kanun koyucunun bu amaçlardan (adil karar verme yönünde taraf menfaatine hizmet- hukuk birliğinin ve hukukun gelişiminin sağlanması yönünde kamu menfaatine hizmet) hangisini ön planda tuttuğu konusunda kesin bir fikir söylemenin güç olduğunu ifade etmektedir (**Karşı**, Temyiz, s. 24). Yine **Karşı** daha sonra kaleme aldığı diğer bir eserinde, yargılamanın bir bütün olduğunu, baştan sona kadar aynı amaca hizmet ettiğini, dolayısıyla ilk derece mahkemesinde ayrı, istinafta ayrı ve temyizde ayrı amaç olamayacağını, her mercide amacın aynı olması gerektiğini ve bu amacın da maddi gerçeği, doğru olan hali tespit edip taraf menfaatini korumak olduğunu belirtmektedir (**Karşı**, Medeni Muhakeme, s. 768). **Akil**'e göre de, kanun yollarının ve bu noktada istinafin varlık nedeni esas olarak daha doğru, yani maddi gerçeğe uygun bir karara ulaşmaktır. Ancak bununla beraber, temyiz kanun yolunun hukuk birliğini sağlama amacı, somut olay adaletinden önce gelmektedir (**Akil**, İstinaf, s. 34, 204). **Beydola**'ya göre de, kanun yolunun amacı alt mahkeme tarafından verilen kararlardaki yanlışlıkları düzeltmek suretiyle maddi gerçeği sağlamak ve bu sayede taraf menfaatini korumaktır. Hukuk ve adalet çatıştığında tarafların menfaatleri hukuki birliğin sağlanması için ihlal edilemez. Doğru ve adil karar sonucu hukukta birlik sağlanır ve bu sayede hukuka güven artar (**Beydola**, **Aysun**, Hukuk Yargılamasında Kanun Yolu Olarak İstinaf, Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Lefkoşa 2019, s. 7-8). **Atalı/Ermenek/Erdoğan**'a göre, temyiz yolunun öncelikli amacı, somut uyuşmazlıkta hukukun doğru olarak uygulanıp uygulanmadığını denetlemek ve bu sayede hukuk kurallarının ülke genelinde yeknesak şekilde uygulanmasını (içtihat birliğini) sağlamaktır (**Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 601).

²³⁹ **Yıldırım**, İstinaf, s. 13; **Tok**, Temyiz, s. 93-94.

²⁴⁰ AYM, 18/2/1971 T., 1970/31 E., 1971/21 K.

²⁴¹ AYM- **Kemal Demir**, 6/7/2017 T., B. No: 2014/17141, § 67; AYM- **Serkan Şeker**, 2/6/2020 T., B. No: 2017/15118, § 40; AYM, 14/1/2015 T., 2014/164 E., 2015/1 K.

²⁴² Yargıtay İBBGK, 9/05/1960 T., 1960/21 E., 1960/9 K.

(yeknesak) uygulanmasını sağlamak, içtihatlar yoluyla hukukun geliştirilmesine katkıda bulunmak ve hatalı kararların düzeltilmesini sağlamak suretiyle kanun yoluna başvuruda bulunan tarafın menfaatini korumak olduğunun söylenebileceğini, bununla birlikte genel olarak temyizın esas amacının, hukuk yargılamasında birliğin sağlanması ve hukukun geliştirilmesi olarak kabul edilse bile, hukuka uygun olmadığı düşünülen kararların temyiz edilmesi durumunda, artık temyizın, kamunun ve tarafların yararlarına hizmet edeceğini belirtmektedir²⁴³.

E. Değerlendirme

Medeni usulün amacı olan, hayat olayını oluşturan maddi vakıaların gerçekten meydana gelip gelmediğinin tespiti ve buna göre somut olayda doğru karar verilmesi, aynı zamanda kanun yolunun da temel amacıdır. Kanun yolunun diğer amaçları olarak; sübjektif hakların himayesi, objektif hukukun tesisi, hukukun geliştirilmesi, hukuk uygulamasında ve içtihatlarda yeknesaklığın sağlanması ve böylelikle hukuki belirliliğin ve güvenliğin tesis edilmesi ise, bu temel amacın ortaya çıkardığı sonuçlardır. Bu hususlar hukuk devleti ilkesi bakımından önemli olmakla birlikte, gerçeğin tespit edilerek somut olayda doğru karar verilmesi yönündeki temel amaç, hem hukuk devleti ilkesinin önemli bir unsurudur hem de doğrudan kanuni düzenlemelerden kaynaklanır. Bu temel amaç, ilk derece, istinaf ve temyiz mahkemesi için aynı olmakla birlikte, mahkemelerin bu temel amaca ulaşmak için izledikleri yol ve yöntemler farklıdır. Bu durum, mahkemelerin farklı şekillerde yapılandırılmasından, yargılamanın ve bireysel hukuki korumanın etkinliğini temin etme gereğinden kaynaklanır.

İlk derece mahkemesi kararlarına karşı gidilen istinaf kanun yolunda, ilk derece mahkemesince verilen kararın ve yapılan yargılamanın doğru olup olmadığı denetlenir ve ilk derece mahkemesince eksik veya hatalı olarak gerçekleştirilen hususlar giderilerek somut olayda doğru bir karar verilmesi sağlanır. Mukayeseli hukuktaki eğilime paralel bir şekilde Türk hukukunda da kabul edilen sınırlı istinaf kanun yolunda, tarafların yeni vakıaları ve delilleri istinaf mahkemesinde ileri sürmeleri kısıtlıdır. İstinaf yargılaması, ilk derece mahkemesindeki davanın devamı olarak değil, ilk derece mahkemesince gerçekleştirilen hataların ve eksikliklerin denetimi ve giderilmesine yönelik bir enstrüman olarak yapılandırılmıştır. Bu hususun temelinde, ilk derece yargılamasının bir deneme-prova yargılamasına dönmesinin engellenmesi ve genel olarak yargılamanın hızlandırılması ilkesi

²⁴³ Yargıtay İBHGK, 21/02/2014 T., 2013/1 E., 2014/1 K.

yatmaktadır. Ancak bu durum istinaf mahkemesinin esas amacını değiştirmez. Zira istinaf yargılamasının merkezinde, maddi vakıaların gerçekten gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti ve buna gore somut olayda doğru karar verilmesi söz konusudur²⁴⁴. İstinaf mahkemesinin, ilk derece mahkemesince gerçekleştirilen yargılamayı ve verilen kararı denetimi, hukuki uyuşmazlık hakkında maddi vakıalar yönünden de yeni bir mahkeme kararı verilmesi ile sonuçlanır. Yine istinaf yargılamasında, kanunda öngörülen hallerde, yeni vakıa ve deliller ileri sürülebilir ve istinaf mahkemesi duruşma yaparak, tarafları ve tanıkları dinleyebilir. İstinaf mahkemesi gerek ilk derece aşamasında gerekse de istinaf aşamasında taraflarca getirilen dava malzemesini (vakıaları ve delilleri) inceleyerek bizzat vakıa tespiti yapabilir ve hukuki uyuşmazlığın esası hakkında karar verebilir.

İstinaf mahkemesi kararlarına karşı gidilen temyiz kanun yolunda da, istinaf mahkemesince yapılan yargılamanın ve verilen kararın (ilk derece mahkemesince gerçekleştirilen yargılama ve verilen karar da göz önünde bulundurularak) doğru olup olmadığı denetlenir. İstinaf mahkemesince eksik veya hatalı yargılama yapılması yahut hukuka aykırı karar verilmesi durumunda, temyiz mahkemesince, ya bozma kararı ile dosya alt derece mahkemesine gönderilmek suretiyle ya da yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde düzelterek onamak suretiyle, somut olayda doğru bir karar verilmesi sağlanır. Temyiz yargılamasında, yeni vakıa ve delillerin ileri sürülmesi çok daha istisnaidir ve temyiz mahkemesi temelde, alt derece mahkemelerince yapılan vakıa tespitlerine bağlı olarak denetim gerçekleştirir. Ancak temyiz mahkemesinin vakıa tespitleri ile bağlılığı, bu tespitlerin hukuka aykırı bir şekilde eksik veya hatalı olmaması halinde söz konusudur. Diğer bir ifadeyle, temyiz mahkemesinin alt derece mahkemelerince gerçekleştirilen vakıa tespitleri ile bağlılığı tam ve mutlak değildir. Temyiz mahkemesi, vakıa tespitlerini her zaman alt derece mahkemeleriyle aynı açıdan deęerlendirmemektedir²⁴⁵. şayet alt derece mahkemelerince gerçekleştirilen vakıa

²⁴⁴ İstinaf mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin 26.06.2004 tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un Genel Gerekçesinde istinaf mahkemelerinin kuruluş nedenine ilişkin olarak şu açıklama yer almaktadır; “Yargılama süreci bir sistemdir. Bu sistem, uyuşmazlık ve çekişme hakkında verilecek hüküm kesinleşinceye kadar birden çok evreleri kapsamaktadır. Yargılamanın bu özelliği, temelde, gerçeğe ulaşarak adli hataları önlemek amacına dayanır. Evrelerden birisi, “kanun yolu” adı verilen “denetim muhakemesi”dir. Esasta denetim muhakemesinin en önemli evresini oluşturan temyiz yolunda, doğrudan öğrenme yargılaması yapılmaz. Temyiz üzerine verilecek hüküm sadece hukuka aykırılığı denetler; bu nedenle maddi ve hukukî gerçeklere ulaşmak ve adli hataları gidermek bakımından, uyuşmazlık ve çekişmenin maddi olay yani ispat yönünden ve hukuka aykırılık açısından uygun bir sonuca bağlanıp bağlanmadığını denetleyen ve temyiz yolundan önce gelen ayrı bir kanun yoluna gereksinim olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır”.

²⁴⁵ Prütting, Revision, s. 92-93; Schlosser, s. 25.

tespitlerinde eksiklik ve hata (özellikle de ispat hukuku kurallarına aykırılık)²⁴⁶ söz konusu ise bu bağıllık ortadan kalkar. Çünkü, alt derece mahkemeleri bir vakıa iddiasının gerçek olup olmadığını, tamamen serbest bir şekilde değil, ilgili hukuk düzeninin öngördüğü ilke ve kurallar (ki bunlar vakıaların tam ve gerçeğe uygun tespit edilmesi esasına dayanır²⁴⁷) çerçevesinde²⁴⁸ tespit eder. İşte bu vakıa tespiti sırasında, ilgili hukuk kurallarının ihlali de bir hukuka aykırılık teşkil eder ve temyiz denetimine tabidir²⁴⁹. Bu noktada temyiz mahkemesinin, istinaf mahkemesinden ayrılan yönü, temyiz mahkemesince bizzat vakıa tespiti yapılmasının mümkün olmamasıdır. Zira temyiz mahkemesi, duruşmalar yapan²⁵⁰ ve bizzat delilleri değerlendirerek vakıa tespitleri yapabilen bir derece mahkemesi değildir. Bu ihtimalde (eksik veya hatalı vakıa tespitinde), istinaf mahkemesi kural olarak bizzat vakıa tespiti yaparak, temyiz mahkemesi ise dosyayı alt derece mahkemesine göndererek, bu eksiklik veya hatanın ortadan kaldırılmasını sağlamak suretiyle, somut olayda doğru karar verilmesini sağlar. Başka bir deyişle, istinaf

²⁴⁶ Kanun yolu ile delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi de çelişmez, aksine her iki kurum da gerçeği bulmak yönündeki ortak amaca ulaşmanın farklı yönlerini ifade eder. Kanun koyucu bir yandan vakıa hâkimine tam bir değerlendirme serbestisi bırakarak, diğer yandan, hata olasılığı hiçbir zaman göz ardı edilemeyeceği için, gerçeğin bu tespitini kontrol etmek için bir denetleme otoritesi oluşturarak, gerçeğin tespit edilmesini garanti eder. Bu husus temelde hem istinaf hem de temyiz kanun yolu için geçerlidir (**Walter, Gerhard**, Freie Beweiswürdigung, Eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung, Tübingen 1979, s. 320-321).

²⁴⁷ **Engisch, Karl**, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, Heidelberg 1943, s. 62.

²⁴⁸ Türk hukukunda, Mehaz ve Mukayeseli hukuktan farklı olarak, hâkimin gerçeğe ulaşmasını sınırlandıran senetle ispat kuralının eleştirisi için bkz. **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 209-212; **Yıldırım, Kamil M.**, Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku (der. Kamil Yıldırım), 6. Bası, İstanbul 2011, s. 113 vd.; **Yıldırım, Kamil M.**, Quo Vadis Senetle İspat Zorunluluğu?, Necmettin M. Berkin'e Armağan, Mihbir, İstanbul 2021, s. 1487 vd., özellikle s. 1511-1512; **Çiftçi, Pınar**, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara 2018, s. 462 vd.; **Karaaslan Varol**, Senetle İspat Mecburiyeti Gerçekten Bir Mecburiyet mi?, MİHDER, C.15, S. 44, 2019/3, s. 832 vd.; **Tok, Ozan**, Medeni Usul Hukukunda Delil Başlangıcı, Ankara 2016, s. 26-27.

²⁴⁹ Ayrıca bkz. § 7.

²⁵⁰ Bu noktada, öğretide, temyiz duruşmasına tarafların gelmemesi halinde yokluklarında duruşmaya devam edileceği (HMK m. 369/5) ve bu durumun temyiz kanun yolunda taraf menfaatlerinin ön planda tutulmadığını gösterdiği, zira şayet temyiz incelemesinde taraf menfaatleri ön planda tutulsaydı, tarafların duruşmaya gelmemesi halinde temyiz incelemesine son verilmesi gerekeceği şeklindeki yaklaşım (**Akkaya**, İstinaf, s. 72, dp. 74) kanaatimizce isabetli değildir. Çünkü öncelikle temyiz kanun yolunda duruşma yapılması ilk derece ve istinaf aşamasından farklı olarak kural değil, istisnadır. Temyiz incelemesi kural olarak dosya üzerinden yapılır (HMK m. 369/2). İkinci olarak, temyiz mahkemesinde yapılan duruşma ile ilk derece ve istinaf mahkemelerinde yapılan duruşmaların niteliği birbirinden farklıdır. Zira temyiz mahkemesi bir vakıa mahkemesi olmadığından, ilk derece ve istinaftan farklı olarak, temyiz duruşmasında deliller değerlendirilerek vakıa tespiti yapılamaz. Temyiz duruşmalarının amacı esasen, temyiz dairelerinin dosya üzerinden yaptıkları incelemenin heyetçe değil, çoğunlukla raportörlerin aracılığıyla gerçekleştirilmesi ve bu yüzden bazı inceliklerin gözden kaçması ihtimaline binaen taraflara, bu incelikleri şifahi istedikleri gibi heyete arz etmelerine ve dosyadaki iddia ve savunmalarına belirginleştirmelerine ve açıklığa kavuşturmalarına imkan sağlamaktır (**Bilgen, Samim**, Temyiz Mahkemesindeki Duruşmalardan Neler Bekleyebiliriz?, ABD 1954/5, s. 427; **Gürdoğan**, Temyiz, s. 273). İlâveten istinaf duruşmasına da tarafların gelmemesi halinde tahkikat yokluklarında yapılarak karar verilir (HMK m. 358/1, 3). Bu husus istinaf mahkemesinde de taraf menfaatinin ön planda tutulmadığını göstermez.

mahkemesi hem denetim hem de bizzat tespit yaparak, temyiz mahkemesi ise denetleyerek, somut olayda gerçeğe uygun doğru bir karar verilmesini temin eder.

Dolayısıyla da istinaf ve daha sıkı olarak temyiz kanun yolunda, yeni vakıa ve delil ileri sürülmesinin sınırlı olması ve temyiz mahkemesinin alt derece mahkemelerince gerçekleştirilen vakıa tespitleri ile bağılılığı, mutlak değildir ve gerçeğin tespit edilerek somut olayda doğru karar verilmesi yönündeki temel amaçtan sapıldığı anlamına gelmez. Bu sınırlamalar, modern usul kanunlarında yargılamanın ağırlıklı merkezinin ilk derece yargılaması üzerine kurulmasının ve yargılamanın hızlandırılması ilkesinin bir sonucudur. İlâveten unutulmamalıdır ki, istinaf yargılamasından önce ilk derece mahkemesince, temyiz yargılamasından önce ise hem ilk derece hem de istinaf mahkemesince gerçekleştirilen bir ispat faaliyeti (vakıa tespiti/denetimi) ve yargılama mevcuttur. Bu nedenle, alt dereceden üst mahkemelere doğru gidildikçe yapılan yargılamanın ve denetimin daha sınırlı olması son derece doğaldır. Bu husus, bir hukuki ilke olan etkinliğin (*Effizienz*) ve bireysel etkin hukuki koruma sağlamanın da bir gereğidir^{251/252}. Bununla birlikte, yargılamanın hızlandırılması ilkesi ile kanun yolu mahkemeleri için öngörülen sınırlamalar, kanun yolunun temel amacı ile birlikte değerlendirilmelidir. Bu nedenle de, yargılamanın makul bir sürede sonuçlandırılması için öngörülen hükümler ile gerçeğe ulaşma ve somut olayda doğru karar verme amacını bağdaştırılan bir dengeleyici sistem daha da önem kazanır.

Kanun yolunun diğer amacı olarak hukuk uygulamasında ve içtihatlar da yeknesaklığın sağlanması da kuşkusuz son derece önemlidir. Zira bireylerin hukuka uygun davranabilmeleri için, davranışlarını nasıl düzenlemeleri gerektiğini bilmesi gerekir. Ancak bu bilgi, bazı yazılı hukuk normlarından ya hiç ya da belirli ve kesin olarak elde edilmemektedir. Normun anlamı genellikle ya içtihatlarca verilmekte veya aydınlatılmaktadır. Bu nedenle hukukun kesinliğinin

²⁵¹ Etkinlik, araç ve amaç ilişkisi hakkında değer hükmü sonucudur. Genel olarak sistemin aşırı yük altında olduğu durumlarda, bireyin etkin hukuki korunması amacına ulaşamaz (**Gottwald**, 61. DJT, A8). Bu bağlamda etkinliğin sağlanması, görevini layıkıyla gerçekleştirebilmesi için organların işlevlerine uygun bir şekilde yapılandırılması ve oluşturulmasıdır (**Voßkuhle**, s. 47). Bu nedenle, ilk derece mahkemesi kararına karşı gidilen istinaf, hem kontrol/denetim hem de bizzat vakıa tespiti yapan bir vakıa mahkemesi olarak, istinaf mahkemesi kararına karşı başvuru olan temyiz ise kural olarak sadece kontrol/denetim mahkemesi olarak yapılandırılmıştır. Bu sayede, yargılamanın aşırı derecede uzamasının önüne geçilir ve özellikle de her ülkede temyiz incelemesini yapan tek mahkemenin aşırı yük altında kalması engellenerek bireysel etkin hukuki koruma sağlanmaya çalışılır.

²⁵² Öte yandan mukayeseli hukukta değere bağlı temyiz sisteminden ilkesel temyiz (*Grundsatzrevision*) sistemine geçişin temelinde yatan düşünce temyiz kanun yolunun amacı değil, temyiz mahkemesinin artan iş yükünün azaltılması, yargılamanın hızlandırılması (**Fischer**, Zur Entwicklung, s. 3-6; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 542, Kn. 20-22) ve temyize başvuru şartlarının daha adil kılınmak istenmesidir (**Wenzel**, s. 3353).

ve bilinebilirliğinin sağlanabilmesi için içtihatlarda birliğin olması zorunludur²⁵³. İlâveten, ülke içerisindeki mahkemelerin aynı/benzer konular hakkında farklı kararlar vermeleri, hem kanun önünde eşitlik ilkesini zedeleyerek²⁵⁴ halkın yargıya olan güvenini azaltır hem de hukuki belirliliği, öngörülebilirliği ve güvenliği ortadan kaldırır. Bu nedenle de kanun önünde eşitlik ilkesinin uygulanması, hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ve güvenliğin sağlanması ve halkın yargıya olan güveninin azalmaması/ortadan kalkmaması için içtihatlarda birliğin olması gerekir²⁵⁵.

Üzerinde durulması gereken son husus, temyiz, somut olay adaletinin (somut olayda doğru karar verilmesinin) sağlanması yönünde taraf menfaatine, hukuk uygulamasında birliğin sağlanması ve hukukun geliştirilmesi yönünde kamu menfaatine hizmet etmek amaçlarının, birbirinden ayrılmaz veya birbiriyle çatışmaz iki amaç olup olmadığıdır. Bu noktada yapılan tartışmalar ve savunulan görüşler haklı olarak her iki amacın mutlak olarak birbiriyle çatışan amaçlar olmadığını ortaya koyduğu gibi, bu iki amacın her zaman birbiriyle örtüşen nitelikte

²⁵³ Schwinge, s. 48.

²⁵⁴ Öztekin, Temyiz, s. 67; Öztekin, İstinaf, s. 177; Öztekin, Şerh, 54-55.

²⁵⁵ Mahkeme kararları arasında farklılık bulunması yahut aynı hususta daha önce çıkan kararlardan farklı bir hüküm kurulması halinde bu farklılaşmaya ilişkin olarak mahkemeler tarafından makul bir açıklama da getirilmemesi ve içtihatlardaki farklılığı giderici mekanizmanın bulunmaması veya işletilmemesi hallerinde, hukuk güvenliği ve hukuki belirlilik ilkeleri ihlal edilir, yargı sistemine olan kamusal güven zedelenir ve AY m. 36 ve İHAS m. 6'da düzenlenen adil yargılama hakkı ihlal edilmiş olur (AYM- *Aşır Tunç*, 22/1/2019 T., B. No: 2015/17453). Hukukumuzda hem ilk derece ve istinaf mahkemeleri hem de temyiz mahkemesi olan Yargıtay'ın kendi dairelerince verilen farklı ve çelişkili kararlar ciddi bir sorundur. Bu konuda her ne kadar mukayeseli hukukta mevcut olmayan bir kurum olarak içtihadı birleştirme kurumu ile bu sakıncalar giderilmek istense de Yargıtay, içtihadı birleştirme kararı vermek konusunda çok da istekli davranmamaktadır (Kuru, Baki, *İçtihatların Birleştirilmesi Yolu ile İlgili Bazı Sorunlar*, Ankara 1977, s. 12 vd.; Yılmaz, Ejder, "İçtihadı Birleştirme" veya "Adaletteki Çelişkiye Son Verme" İhtiyacı, Makaleler, C. 2, Ankara 2014, s. 1165; Yılmaz, Ejder, *Çelişkili Mahkeme Kararları ve Adil Yargılama Hakkı*, Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Hakkındaki Uygulamaları, Necmettin M. Berkin'e Armağan, Mihir, İstanbul 2021, s. 1517 vd.; Pekcanitez, Hakan, *Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi*, TBBD 2019 (144), s. 388-389). Kanaatimizce istinaf ve temyiz kanun yoluna başvuruda kural olarak sadece değere bağlı istinaf ve temyiz sisteminin bulunması da bu sorunun meydana gelmesine önemli ölçüde sebebiyet vermektedir. Mukayeseli hukukta salt değere bağlı kanun yolu sistemi artık terk edilmiştir (Değere bağlı temyiz ve istinaf sistemlerinin eleştirisi için bkz. Alangoya, H. Yavuz, *Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m.427 Hükmü ile Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı*, Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 17 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 517-518). Zira bu sistemin en büyük dezavantajı, birçok mahkeme kararının denetim dışında kalmasına ve uygulamada çok sayıda farklı ve çelişkili kararlar olmasına sebebiyet vermesidir. Değere bağlı kanun yolunun karşısında yer alan ilkesel kanun yolu sistemi ile hem temyiz mahkemesinin sürekli aynı/benzer olaylarla ilgilenmesi ortadan kalkacağından temyiz yargılaması hızlanır hem de belli değerin altında olan davalar bakımından da temyiz denetimi yapılmak suretiyle hukuk uygulamasında birliğin sağlanması daha iyi oranda gerçekleştir. Ancak ilkesel nitelikte temyizde, temyiz denetimine izin/kabul kararı verilmesinde sübjektif değerlendirmenin söz konusu olabilmesi onun önemli bir dezavantajıdır (Dubs, s. 685-688). Bu nedenle kanaatimizce hukukumuzda da, mevcut değere bağlı istinaf ve temyiz yanında ilkesel nitelikte istinaf ve temyiz de mevcut olduğu karma kanun yolu sistemine geçilmesi daha yerinde bir yaklaşım olur (Karş. Akkaya, Temyiz, s. 98; Taşpınar-Ayvaz, Temyiz, s. 163-164; Öztekin, Temyiz, s. 66-67).

amaçlar olmadığını da ortaya koymaktadır. Zira hukuk birliğinin sağlanması, somut olayda verilen kararın doğruluğundan ziyade hukuk uygulamasında birliğin güvence altına alınmasına, mahkemelerce uygulanan hukukun aynılığına ve doğruluğuna yöneliktir²⁵⁶. Hukuk birliğini sağlayan karar, her zaman somut olay bakımından doğru (adil) bir karar teşkil etmeyebilir. Hukukun geliştirilmesi ise, kanun yolu mahkemelerince yapılan denetim ve verilen kararlar ile hukuk kurallarının anlamının açıklığa kavuşturulmasına, hukuki düzenlemelerdeki eksiklik ve/veya boşlukların tamamlanmasına ve ileride yapılacak düzenlemelerde hukuk kurallarının yapılandırılmasına ilişkindir²⁵⁷.

Genel olarak temyizın amacının yanı sıra temyiz mahkemesince gerçekleştirilecek inceleme sırasında da taraf menfaati ile kamu menfaati her zaman el ele yürüyemeyebilir ve bu menfaatler arasında çatışma gerçekleşebilir. Zira hukuk uygulamasında birliğin sağlanması amacı, yeknesaklığı tehlikeye düşürecek hukuki uyuşmazlıklar hakkında karar verilmesini gerektirir. Ancak taraflar sahip oldukları tasarruf yetkisi ile temyiz kanun yoluna başvurup başvurmamakta tamamen özgür oldukları gibi, temyiz incelemesi sırasında temyizden feragat ederek temyiz incelemesini istedikleri gibi sonlandırabilirler. Bu durumda, feragat ile uyuşmazlık sona erdiği için kamu yararının sağlanmasından²⁵⁸ ziyade, esasen kamu yararı bakımından hukuk uygulamasında birliği tehlikeye sokan ve/veya hukukun gelişimi bakımından hakkında karar verilmesi gereken ilkesel bir hukuki meselenin tarafların tasarrufları ve menfaatleri doğrultusunda temyiz incelemesine kapatılması söz konusu olabilir. İlâveten taraflar menfaatleri doğrultusunda, temyiz taleplerini sınırlandırarak kamu yararı bakımından hakkında karar verilmesi önem arz eden uyuşmazlığın bir bölümünü temyiz incelemesinin kapsamı dışında bırakabilir²⁵⁹. Ayrıca, temyiz incelemesinin gerçekleştirilebilmesi için başvuran tarafın şahsi nitelikteki hukuki yararının bulunması gerekir. Yine temyiz mahkemesi soyut hukuki konular hakkında değil, somut olayla ilgili olarak hem bozucu hem de düzeltici nitelikte karar vermektedir²⁶⁰.

²⁵⁶ **Traut**, s. 54.

²⁵⁷ **Lames**, s. 3-5.

²⁵⁸ **Öztek**, İstinaf, s. 177, dp. 16.

²⁵⁹ **Traut**, s. 55.

²⁶⁰ **Prütting**, Revision, s. 92-93; **Bettermann**, s. 372. Şayet kanun koyucu, temyiz mahkemesince hukuk birliğini sağlamak amacını öncelikli olarak kabul etseydi, somut olaylarla ilgili kararları temyiz mahkemesine taşımak da gerekli olmazdı. Bunun yerine, temyiz mahkemesinin, içtihat birliği bakımından önemli olan soyut hukuki meseleler hakkında karar vermesi ve bu karar ile temyiz mahkemesinin hukuk kurallarına ilişkin yapmış olduğu yorumunun bağlayıcı olması ile yetinilirdi (Karş. **Keskin**, s. 29-30). İlâveten, salt hukuki birlik ve

Bütün bu hususlar aynı zamanda, temyiz kanun yolunun kanun koyucu tarafından bir taraf kanun yolu olarak yapılandırıldığını, temyiz kanun yolunda tarafların belirleyici olduğunu, temyiz taraf menfaatine hizmet etme amacının, kamu menfaatine hizmet etmenin bir sonucu, yansıması veya yan ürünü olmadığını, aksine gerek ilkesel gerekse de değere bağlı temyizde somut olayda doğru karar verilmesi yönünde taraf menfaatlerine hizmet etmenin öncelikli ve dizayn edici amaç olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Gerçek anlamda içtihat birliği ve hukukun geliştirilmesi ancak somut olay bakımından verilen doğru karar ile sağlanabilir ve ancak bu şekilde bir uygulama ile adalete duyulan güven artırılabilir.

istikrar için somut olayda doğru karar verilmesiyle suretiyle hak sahiplerinin hakkına kavuşmasının göz ardı edilmesi ontolojik anlamda da usul hukuku kuralları açıklanamaz. Zira medeni usul hukuku, hak sahiplerinin hakkına kavuşmasının bir aracı olarak bizzat hakkını elde etmeyi ortadan kaldırmak için ortaya çıkmıştır.

İKİNCİ BÖLÜM

KANUN YOLU SEBEBİ OLARAK HUKUKA AYKIRILIK

§ 3 KANUN YOLU SEBEPLERİ VE HUKUKA AYKIRILIK

I. Genel Olarak Kanun Yolu Sebepleri ve Önemi

Kanun yolu sebepleri, kanun yolu mahkemesinin, aleyhine kanun yoluna başvurulmuş mahkeme kararını ve bu karara dayanak teşkil eden yargılamayı denetlemesini ve düzeltmesini/iptalini mümkün kılan nedenlerdir. Bu nedenler, esasen, alt derece mahkemesince verilen kararın ve yapılan yargılamanın hatalı ve/veya eksik olması durumunda ortaya çıkar. Bu bağlamda kanun yolu sebepleri, hem kanun yolu mahkemelerince yapılacak denetimin hareket noktasıdır hem de bu denetimin kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi bakımından merkezi öneme sahiptir.

Öte yandan, kanun yolu sebepleri, kanun yolu yargılamasında ileri sürülebilecek caiz itirazlardır (*zulässige Rügen*). Kanun yoluna başvuran taraf, itiraz ettiği kararın ve yargılamanın nasıl hatalı veya eksik olduğunu bu caiz kanun yolu sebeplerine dayandırarak ortaya koyar. Kanun yolu mahkemeleri bakımından bu sebepler, denetim yetkisi ve ödevini belirler²⁶¹. Bu nedenle, kanun yolu mahkemesi, kural olarak, kanun yolu sebepleri dışında bir karardaki ve yargılamadaki olası bütün hata veya eksiklikleri denetleyemez. Bununla beraber, kanun yolu mahkemesinin, kanun yolu sebepleri bakımından denetimi, kural olarak, sınırsız ve serbesttir²⁶². Kanun yolu mahkemesinin, inceleme yapması için kanunda öngörülen diğer gerekliliklerin yerine getirilmesi koşuluyla, bu sebepler bakımından denetim yetkisini kullanmaması, hukuki dinlenilme hakkının, dahası şekli olarak hakkın yerine getirilmesinden kaçınma yasağının (AY m. 36/2; HMK m. 46/1-e) ihlali sayılır²⁶³. Anayasa Mahkemesi ise bu

²⁶¹ Reetz, Peter/Theiler, Stefanie, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm, Thomas/Hasenböhler, Franz/Leuenberger, Christoph, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 310, Kn. 5; Graber, Michael, Die Berufung in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, s. 145; Seiler, s. 186, Kn. 428; ZPO Rechtsmittel – Stauber, Art. 310, Kn. 1; BSK BGG – Schott, Art. 95, Kn. 1-2.

²⁶² Karş. BSK BGG – Schott, Art. 95, Kn. 3.

²⁶³ BSK BGG – Schott, Art. 95, Kn. 3; BGer. 5A_198/2012, 24.08.2012 (E. 4.2).

husussu, adil yargılanma hakkı bağlamında mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirilmektedir²⁶⁴.

Kanun yolu sebepleri, kanun yolu mahkemelerinin yapılandırılmasına bağlı olarak farklılık arz ederler. İstinaf mahkemesi hem bir denetim hem de bir vakıa mahkemesi olduğundan, istinaf sebepleri, temelde, hukuk kurallarının doğru uygulanmasına ve vakıaların tam ve doğru tespitine yöneliktir. Temyiz mahkemesi ise salt bir denetim mahkemesi olduğundan, temyiz sebepleri, temelde, hukuk kurallarının doğru uygulanmasına yöneliktir.

İstinaf ve temyiz sebepleri, bu temel üzerine olmakla birlikte, her ülkenin hukuk düzeninde farklı şekillerde ele alınmaktadır. Bazı hukuk sistemlerinde bu sebepler kanunda açıkça düzenlenmişken bazı hukuk sistemlerinde bu konuda doğrudan bir düzenleme mevcut değildir.

II. Kanun Yolu Sebeplerine İlişkin Düzenlemeler ve Yaklaşımlar

A. İstinaf Bakımından

Alman hukukunda istinaf sebepleri, istinaf sebepleri başlığı altında AMUK m. 513'de açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca istinaf, sadece kararının hukuka aykırılığına veya vakıanın yeniden tespitinin gerekliliğine dayandırılabilir. Vakıanın yeniden tespitinin gerekliliği temelde iki halde söz konusu olur. İlk olarak, ilk derece mahkemesi tarafından vakıa tespitleri hatalı veya eksik bir şekilde gerçekleştirilmişse, istinaf mahkemesi tarafından vakıa tespitlerinin yenilenmesi gerekir (AMUK m. 529/I, 1). İkinci olarak, taraflarca yeni iddia ve

²⁶⁴ “...Başvurucular vekili istinaf dilekçesinde 18.806 TL nispi vekâlet ücreti yerine maktu vekâlet ücretine hükmedilmesi gerektiğini iddia etmiş, bunun dışında herhangi bir istinaf nedeni ileri sürmemiştir. Vekâlet ücretinin hatalı hesaplandığına dair iddianın açılan davanın niteliği ve miktarı gözönüne alındığında mahkemeye erişim hakkına yönelik esaslı bir iddiaya dayandığı açıktır. Buna rağmen İstinaf Mahkemesi tarafından başvuru hakkının iddiası hakkında herhangi bir değerlendirme yapılmamış olması nedeniyle mahkemeye erişim hakkının gereklerinden olan istinaf başvurusunun etkili bir şekilde karara bağlanması yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır...” AYM- *Ahmet Acar ve Diğerleri*, 15/6/2021 T., B. No: 2018/22894, § 51. “...Buna göre Dairenin başvuru hakkının temyiz aşamasında dile getirdiği *lehe vekâlet ücretine hükmedilmesi* yönündeki talebini temyiz incelemesi kapsamında değerlendirmede görülmemiştir. Öte yandan başvuru hakkının temyiz talebini esas yönünden incelemeyen Yargıtay Dairesi talebin usul yönünden reddedildiğine ilişkin herhangi bir gerekçe de ortaya koymamıştır. Bunun doğal sonucu olarak söz konusu talep hakkında Dairece değerlendirme yapılmak suretiyle olumlu ya da olumsuz herhangi bir karar verilmediği ve bu talebin bir sonuca bağlanmadığı görülmektedir. Bu açıdan başvuru hakkının temyiz konusu ettiği uyuşmazlığın belirtilen kısmı yönünden karar hakkından yoksun bırakıldığı sonucuna ulaşılmıştır...” AYM- *Mahmut Çelebi*, 7/11/2019 T., B. No: 2016/7824, § 31. Bu hususta ayrıca bkz. **Gündoğdu, Burak Süleyman**, *Medenî Yargıda Usûl Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesince Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi*, İstanbul 2021, s. 205-206.

savunma araçlarının ileri sürülebildiği durumlarda (AMUK m. 531/II) istinaf mahkemesi tarafından yeni vakıa tespitinin yapılması gerekir (AMUK m. 529/I, 2)²⁶⁵.

Avusturya hukukunda ise istinaf sebepleri başlığı altında açıkça bir düzenleme yapılmamıştır. İstinaf sebepleri, istinaf bakımından kanunda öngörülen sınırlamalar dahilinde, taraflarca aleyhine başvuru ile ilk derece mahkemesinin bütün hatalarıdır²⁶⁶. Kanunda yer alan bazı düzenlemelerden (özellikle de temyiz sebeplerine ilişkin AvMUK m. 503'ten) ve yargı kararlarından hareketle öğretide istinaf sebepleri bakımından çeşitli ayrımlar yapılmaktadır. Öğretide yaygın olarak yapılan tasnife göre²⁶⁷ istinaf sebepleri; yokluk sebepleri (ağır usul hataları), diğer önemli usul hataları, hatalı vakıa tespitleri ve hatalı hukuki değerlendirmeler olmak üzere dört ana başlıkta toplanır. İlk iki sebep usule aykırılık, son iki sebep ise esasa aykırılık teşkil eder²⁶⁸.

İsviçre hukukunda istinaf sebepleri, İFMUK m. 310'da istinaf sebepleri başlığı altında düzenlenmiştir. İFMUK m. 310'a göre, istinaf kanun yolu ile hatalı hukuk uygulaması ve/veya hatalı vakıa tespitleri yapıldığı ileri sürülebilir. Ancak bununla beraber, İsviçre hukukunda söz konusu düzenleme ile istinaf sebeplerinin tüketici (sınırlı) bir şekilde sayılmadığı ve istinaf mahkemesinin denetim yetkisi ve ödevinin daha geniş kapsamlı olduğu kabul edilmektedir²⁶⁹. İsviçre hukukunda istinaf mahkemesi, yapılan denetimin kapsamı bakımından, bir tam kanun

²⁶⁵ **Rimmelpacher, Bruno**, Die Berufungsgründe im reformierten Zivilprozess, NJW 2002, s. 1900; **Lemke, Reiner**, in: Zivilprozessordnung Kommentar, Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus (Hrsg.), 11. Aufl., 2019, § 513, Kn. 9; **Längsfeld, Alexander M. H.**, Grundfälle zur Berufung in der ZPO-Teil II: Begründetheit, JA 2013/5, s. 364. Alman hukukunda istinaf sebepleri ve denetimi için detaylı olarak bkz. § 8/I.

²⁶⁶ **Rechberger/Simotta**, s. 618.

²⁶⁷ **Holzhammer**, s. 323; **Rechberger/Simotta**, s. 618-624, Kn. 1085- 1094; **Buchegger**, in: Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, s. 382-383; **Deixler-Hübner/Klicka**, Zivilverfahren, s. 220-222; **Roth/Holzhammer**, s. 102-103.

²⁶⁸ **Holzhammer**, s. 323; **Buchegger**, in: Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, s. 381. Avusturya hukukunda istinaf sebepleri ve denetimi için detaylı olarak bkz. § 9/I.

²⁶⁹ **Graber**, s. 145; **Seiler**, s. 204, Kn. 474; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 6; **Blickenstorfer, Kurt**, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, Brunner, Alexander/Gasser, Dominik/Schwander, Ivo (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 310, Kn. 2.

yolu olarak nitelendirilmektedir²⁷⁰. Buna göre, ilk derece yargılamasında ve kararında söz konusu olan bütün hata ve eksikliklere karşı istinaf derecesinde itiraz edilebilir²⁷¹.

Hukukumuzda istinaf sebepleri kanunda açıkça düzenlenmemiştir²⁷². İlk derece mahkemesi kararındaki veya bu kararın dayandığı yargılamadaki her hata veya eksik istinaf sebebi teşkil edebilir²⁷³. Kanunda yer alan bazı düzenlemelerden (HMK m. 353, m. 355 ve m. 371) ve mukayeseli hukuktaki yaklaşımlardan da hareketle öğretide istinaf sebepleri bakımından çeşitli ayrımlar yapılmaktadır. Bu ayrımlar istinaf sebeplerinin içeriğine değil, daha ziyade tasnifine ilişkindir. Öğretideki bir görüşe göre, istinaf sebebi ilk derece mahkemesi kararının usul ve esas yönünden hukuka uygun olmamasıdır²⁷⁴. Diğer bir görüşe göre, usul ve esas bakımından yargılamayı etkileyen hususlar istinaf sebebi oluşturur²⁷⁵. Başka bir görüşe göre, istinaf sebepleri, maddi anlamda kesin hükmün kaldırılmasını gerektirecek şekilde ağır

²⁷⁰ **Guldener**, s. 484-485; **Meier**, sZPO, s. 453-454; **Berti**, Einführung, s. 141, Kn. 425; **Spühler/Vock**, s. 4; **Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler**, s. 399-400; **Seiler**, s. 186, Kn. 428; **Garber**, s. 145-146; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 5; **ZPO Rechtsmittel – Stauber**, Art. 310, Kn. 2; **BSK ZPO – Spühler**, Art. 310, Kn. 1; **ZPO DIKE – Blickenstorfer**, Art. 310, Kn. 1; **Sterchi, Martin H.**, in: Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter (Hrsg.), Bern 2012, Art. 310, Kn. 1; Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung 2006, s. 7369.

²⁷¹ **Guldener**, s. 484; **Habscheid**, s. 451, Kn. 738; **Sutter-Somm, Thomas**, Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Ritsumeikan Law Review, 2012/29, s. 101-102; **Stachelin/Stachelin/Grolimund – Stachelin/Bachofner**, § 26, Kn. 5; **KUKO ZPO – Brunner**, Art. 310, Kn. 1; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 6; **Graber**, s. 145; **Mathys, Beat**, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), SHK - Stämpflis Handkommentar, Baker & McKenzie (Hrsg.), Bern 2010, Art. 310, Kn. 1. İsviçre hukukunda istinaf sebepleri ve denetimi için detaylı olarak bkz. § 10/I.

²⁷² Kanunda istinaf sebeplerinin açıkça düzenlenmemesi öğretide farklı tartışmalara yol açmıştır. Öğretideki bir görüşe göre kanunda istinaf sebepleri sayılarak yapılacak bir sınırlama istinafın niteliğine uygun düşmez. Zira istinaf yargılamasında, gerekli hallerde duruşma yapılarak ve işin esasına da girilerek inceleme yapılır ve yeniden bir karar verilebilir (**Pekcanitez/Atalay/Özekes**, HMK, s. 477; **Karşı**, Medeni Muhakeme, s. 794). Diğer bir görüşe göre, kanunda istinaf sebeplerinin ayrıca ve açıkça düzenlenmemesi önemli bir eksikliktir (**Yılmaz**, İstinaf, s. 57; **Karaaslan**, Kanun Yolu, s. 452-453). İstinaf sebeplerinin kanunda genel nitelikte bile olsa belirtilmemiş olması, uygulamada istinaf mahkemelerinin daha ziyade Yargıtay benzeri denetim mahkemesi gibi hareket etmelerine neden olmuştur (**Karaaslan**, Kanun Yolu, s. 452). Kanunda istinaf sebepleri bakımından düzenleme yapılmamasına eleştirel olarak ayrıca bkz. **Deren-Yıldırım, Nevhis**, İstinafın Olası Sorunları, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, C. 8, S. 20, 2016, s. 450; **Yıldırım, Kamil M.**, İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespitleri, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, s. 127. Genel olarak bu konudaki tartışma ve detaylar için bkz. **Bolayır, Nur**, Medenî Usûl Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi, İstanbul 2019, s. 339, dp. 941.

²⁷³ **Özekes, Muhammet**, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi- Özellikle İstinaf-, Legal Hukuk Dergisi, 2004/23, S. 3105; **Akkaya**, İstinaf, s. 189; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 608.

²⁷⁴ **Yılmaz**, İstinaf, s. 57; **Arsan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz**, s. 593.

²⁷⁵ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, HMK, s. 478; **Karşı**, Medeni Muhakeme, s. 794 *Akil*, temyiz sebeplerine ilişkin tasniften yararlanarak istinaf sebeplerini, maddi hukuka ve usul hukukuna dayanan istinaf sebepleri olarak ikiye ayırmaktadır (**Akil**, İstinaf, s. 35). **Özekes**, istinaf sebebi olarak maddi vakıalar ve hukuka aykırılık ayırımı yapmaktadır (**Özekes**, Pekcanitez Usul, s. 2209-2210). *Tanrıver* de, istinaf sebeplerini, hukuka uygunluk ve vakıalara uygunluk denetimi çerçevesinde yapmaktadır (**Tanrıver**, Usul C.2, s. 59-60).

usul hataları, re'sen göz önünde tutulmayan ve bu yüzden tarafça ileri sürülmesi gereken önemli usul hataları, fiili meselenin yanlış tespit edilmiş olması ve hatalı hukuki değerlendirmeler olmak üzere dört kategoriye ayrılır²⁷⁶. Bir görüşe göre ise, istinaf sebepleri, maddi hukuk kurallarına aykırılık (hukuki sorunun yanlış çözülmesi), usul kurallarına aykırılık (hatalı yargılama yapılması) ve maddi sorun hakkında yanlış sonuca varılması (vakıa tespitlerine ilişkin hatalar) olmak üzere üç gruba ayrılabilir²⁷⁷. İlâveten öğretideki bir görüş, istinaf sebeplerini, kamu düzenine aykırı olan ve olmayan istinaf sebepleri olarak incelemektedir²⁷⁸.

B. Temyiz Bakımından

Alman hukukunda temyiz sebepleri, AMUK m. 545'de temyiz sebepleri başlığı altında açıkça düzenlenmiştir. AMUK m. 545/I'e göre; temyiz, sadece kararın hukuka aykırılığına dayandırılabilir. AMUK m. 546'ya göre ise; hukuka aykırılık, bir hukuk normunun hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanmasıdır. Ayrıca, AMUK m. 547'de mutlak temyiz sebepleri başlığı altında mutlak temyiz sebebi teşkil eden usule aykırılıklar açıkça düzenlenmiştir. İlâveten AMUK m. 559/II'de hukuka aykırı vakıa tespitlerine karşı temyiz itirazları düzenlenmiştir. AMUK m. 559/II'ye göre; istinaf mahkemesince bir vakıa iddiasının gerçek veya gerçek olmadığına dair yapılan tespit, bu tespite karşı caiz ve haklı bir itirazda bulunulmadığı sürece, temyiz mahkemesi için bağlayıcıdır²⁷⁹.

Avusturya hukukunda temyiz sebepleri AvMUK m. 503'de açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, temyiz sadece şu sebeplerden talep edilebilir;

1) İstinaf mahkemesi hükmünün AvMUK m. 477'de belirtilen yokluk sebeplerinden biri ile sakatlanmış olması,

2) İstinaf yargılamasında, uyuşmazlık konusu hakkında detaylı inceleme yapılmasını ve esaslı bir şekilde değerlendirmede bulunulmasını engelleyen ve yokluk sebepleri teşkil etmeyen hata veya eksikliklerin bulunması,

²⁷⁶ **Alangoya/Yıldırım/Deren -Yıldırım**, s. 522-523; **Deren-Yıldırım, Nevhis**, İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri, Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 701-702.

²⁷⁷ **Akkaya**, İstinaf, s. 189; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 608; **Karşı**, Medeni Muhakeme, s. 794. İstinaf sebepleri ve tasnifi hususunda ayrıca bkz. **Öztek**, Şerh, s. 448 vd.

²⁷⁸ **Kuru**, HMK El Kitabı, C. 2, s. 1346; **Kuru/Aydın**, s. 493-494. Benzer yönde olan diğer bir görüş, istinaf sebeplerini kamu düzenine aykırılık ve taraflarca ileri sürülen nedenler olarak ele almaktadır (**Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu**, s. 656-657)

²⁷⁹ Alman hukukunda temyiz sebepleri ve denetimi için ayrıntılı olarak bkz. § 8/II.

3) İstinaf mahkemesi hükmünün önemli bir husustaki fiili (maddi) dayanağının birinci veya ikinci derece dava dosyaları ile çelişmesi,

4) İstinaf mahkemesi hükmünün uyuşmazlık konusu hakkında hatalı hukuki değerlendirmeye dayanması²⁸⁰.

İsviçre hukukunda temyiz sebepleri, İsviçre Federal Mahkeme Kanunu'nda (İFMK) temyiz sebepleri başlığı altında açıkça düzenlenmiştir. İFMK m. 95-98 arasında yer alan temyiz sebepleri, hem özel hukuka hem de idare ve ceza hukukuna ilişkin uyuşmazlıklardan dolayı Federal Mahkemeye yapılacak başvurular için aynı şekilde düzenlenmiştir²⁸¹. İFMK'da temyiz sebepleri başlığı altında, İsviçre hukukuna aykırılık (İFMK m. 95), yabancı hukuka aykırılık (İFMK m. 96), hatalı vakıa tespitleri (İFMK m. 97) ve ihtiyati tedbirler hakkındaki kararlara karşı sınırlı temyiz sebepleri (İFMK m. 98) olarak düzenlenmiştir²⁸².

Hukukumuzda temyiz sebepleri başlığı altında bir düzenleme olmamakla beraber, HMK m. 371/1'de bozma sebepleri başlığı altında düzenlenen sebepler, gerek öğreti gerekse uygulamada temyiz sebepleri olarak kabul edilmektedir. HMK m. 371/1 uyarınca;

a) Hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmış olması,

b) Dava şartlarına aykırılık bulunması,

c) Taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin kanuni bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi,

d) Karara etki eden yargılama hatası veya eksiklikleri bulunması, temyiz sebebidir^{283/284}.

Öğretide yaygın olarak yapılan tasnife göre, genel olarak, temyiz sebepleri, maddi hukuka ilişkin temyiz sebepleri ve usul hukukuna ilişkin temyiz sebepleri olarak ikiye

²⁸⁰ Avusturya hukukunda temyiz sebepleri ve denetimi için detaylı olarak bkz. § 9/II.

²⁸¹ **Meyer, Lorenz**, Wege zum Bundesgericht - Übersicht und Stolpersteine, ZBJV 2010/146, s. 853, Kn. 5.1; **SHK BGG – Seiler**, Art. 95, Kn. 13; **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 6.

²⁸² İsviçre hukukunda temyiz sebepleri ve denetimi için ayrıntılı olarak bkz. § 10/II.

²⁸³ HMK m. 371/1 düzenlemesinin Mehaz Nöşatel Medeni Usul Kanunda ve hukukumuzdaki tarihsel gelişimi hususunda bkz. **Pekcanitez**, Temyiz Denetimi, s. 218-220.

²⁸⁴ Kanunda sayılan temyiz sebeplerinin sınırlı olduğu, bu sebepler dışındaki bir sebebin temyizde ileri sürülemeyeceği ve temyiz mahkemesince denetlenemeyeceği yönünde bkz. **Berkin**, s. 217; **Bilge/Önen**, s. 649.

ayrılmakta, usul hukukuna ilişkin temyiz sebepleri de mutlak temyiz sebepleri ve nispi temyiz sebepleri şeklinde ele alınmaktadır²⁸⁵.

III. Ortak Kanun Yolu Sebebi: Hukuka Aykırılık

A. Genel Olarak

Hukuka aykırılık, yukarıda yer verilen yasal düzenlemeler ve öğretideki yaklaşımlardan da anlaşılacağı üzere, gerek mukayeseli hukukta gerekse de hukukumuzda hem istinaf hem de temyiz kanun yolu bakımından ortak bir kanun yolu sebebidir. Her iki kanun yolunda da taraflar, alt derece mahkemesince verilen kararın ve/veya yapılan yargılamanın hukuka aykırı olduğu yönünde itirazda bulunabilirler. Bu bağlamda her iki kanun yolu mahkemesi de hukuka aykırılık denetimi yapma yetkisi ve ödevini haizdir. Bununla beraber, her iki kanun yolu mahkemesince gerçekleştirilecek hukuka aykırılık denetiminin kapsamı ve sınırları, ana hatları itibarıyla benzer olsa da, her ülkede farklılık arz etmektedir. Bu bağlamda, oldukça geniş bir içeriğe sahip olan hukuka aykırılık kavramı ve bu kavrama dayanılarak gerçekleştirilecek kanun yolu denetimi, ilgili ülkedeki yasal düzenlemeler, devlet şekli, mahkemelerin yapılandırılması, hâkim olan hukuk kültürü, öğreti ve uygulamadaki yaklaşımlar göz önünde bulundurularak değerlendirilmedir.

B. Hukuka Aykırılığın Unsurları

Bununla beraber, hukuka aykırılık kavramı, temelde, iki unsurdan oluşur: “hukuk” ve “aykırılık (ihlal)”. Bu nedenle öncelikle, kanun yolu denetimi açısından, hukuk ve bu hukukun ihlali ile neyin kastedildiği, ana hatlarıyla, ele alınacaktır.

²⁸⁵ Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 832 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren -Yıldırım, s. 544 vd.; Yavaş, Temyiz, s. 75 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, HMK, s. 494-495; Özekes, Pekcanitez Usul, s. 2352 vd.; Kuru, HMK El Kitabı, C. 2, s. 1395 vd.; Karşı, Medeni Muhakeme, s. 843 vd.; Tanrıver, Usul C.2, s. 85 vd.; Budak/Karaaslan, Medeni Usul, s. 448, Kn. 109; Akcan, s. 27 vd.; Taşpınar-Ayvaz, Temyiz, s. 169 vd.; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 639; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 688 vd. Temyiz sebepleri bakımından ayrıca bkz. Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 1067 vd.; Pekcanitez, Temyiz Denetimi, s. 221 vd.; Özbek, Şerh, s. 666 vd.; Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2021, s. 5085 vd.; Tok, Temyiz, s. 248 vd.; Bulut, Temyiz, s. 222 vd.

1. Hukuk

Kanun yolu denetimi bakımından hukuk²⁸⁶ kavramı, prensip olarak, objektif, genel ve soyut nitelikteki her türlü hukuk kuralını²⁸⁷ ihtiva eder. Buna göre²⁸⁸;

²⁸⁶ 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun temyiz sebeplerine ilişkin m. 428/1'de kullanılan "kanun" kavramı uygulama ve öğretide "hukuk" olarak kabul edilmekteydi. HMK m. 371/1/a'da "kanun" kavramı yerine "hukuk" kavramının kullanılması yerinde bir değişiklik olmuştur (**Pekcanitez**, Temyiz Denetimi, s. 222; **Taşpınar-Ayvaz**, Temyiz, s. 170; **Yavaş, Murat**, Bölge Adliye Mahkemelerinin Göreve Başlamasından Sonra Medeni Usul Hukukunda Temyiz, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı 15, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf, Antalya 6-7 Ekim 20017, s. 259). Ancak bu değişikliğin ilgili diğer hükümlere yansımaması, yeknesak bir terminolojinin sağlanmaması yönünden isabetli olmamıştır. Bu bağlamda;

1-HMK m. 353/1-b/2'de yer alan "kanunun" ifadesinin "hukukun",

2-HMK m. 369/1'de yer alan "kanunun" ifadesinin "hukukun",

3-HMK m. 370/2 yer alan "kanuna" ifadelerinin "hukuka", yine aynı düzenlemede yer alan "kanunun" ifadesinin "hukukun",

şeklinde değiştirilmesi kanaatimizde yerinde olur. Öte yandan bu değişiklikler sadece yeknesak bir terminoloji açısından değil, yanlış yorumlara ve uygulamalara sebebiyet verilmesinin önlenmesinden bakımından da gereklidir.

Nitekim, Yargıtay 11. HD., 08.10.2019 T., 2018/1657 E., 2019/6290 K. kararında yazılan karşı oyda "...Yukarıda üç no'lu bentte yer alan Kanun metinlerinde de açıkça ifade olunduğu üzere, Yargıtay, alt dereceli mahkemelerde, "Hukukun yanlış uygulanması" halinde bu hususu bozma sebebi yapabilecektir. Kanun metninde yer alan "hukuk" sözcüğünün kapsamına, kanun, ibk, yönetmelik gibi genel düzenleyici işlemler yanında, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine aykırılık da girmektedir. Bununla birlikte, HMK 369.maddesi uyarınca, Yargıtay sadece "KANUNA AÇIK AYKIRILIK" halinde bu hususu re'sen bozma sebebi yapabilecektir. Diğer bir anlatımla, kanun dışındaki diğer hukuka açık aykırılık hali re'sen bozma sebebi yapılamaz. Kanun koyucu, 371.maddede bilinçli olarak "hukuk" tabirini kullanırken, 369.maddede ise "kanun" tabirini kullanmıştır. Daire çoğunluğu tarafından, "kanuna açık aykırılık" halinin, "içtihadı birleştirme kararı" da kapsayacak şekilde genişletilmesini doğru bulmuyorum..." denilmek suretiyle HMK m. 369/1'de yer alan "kanun" kavramının "hukuk" olmadığı, bu nedenle Yargıtay'ın, İBK kararlarına aykırılıkları, re'sen göz önünde bulunduramayacağı şeklinde salt lafzi bir yorum yapılmış, söz konusu düzenlemenin, Yargıtay'ın başta somut olay adaletini sağlama ve hukuk uygulamasında yeknesaklığı sağlama yönündeki amaç ve işlevlerine hizmet ettiğini tamamen göz ardı eden hatalı bir sonuca ulaşılmıştır (Aynı yönde bkz. **Bulut**, Temyiz, s. 245). Öte yandan kanun koyucunun söz konusu düzenlemede (HMK m. 369/1) "hukuk" kavramı yerine "kanun" kavramını bilinçli olarak kullanmadığı, HMK m. 353/1-b/2 ve HMK m. 370/2'de yer alan düzenlemelerden anlaşılmaktadır. Kaldı ki, Yargıtay İBK kararlarının benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağladığı, Yargıtay Kanunu m. 45/5'de açıkça düzenlemiştir. Dolayısıyla, alt derece mahkemesinin Yargıtay İBK kararlarına uymaması, Yargıtay Kanunu m. 45/5'e, yani "kanuna açık aykırılık"tır.

²⁸⁷ Hukuk kavramı, normatif kriterleri belirler ve bunların "hukuk" olarak kabul edilmesini sağlar. Hukuk kavramının tanımı, doğal olarak hukukun ayrı bileşenlerine, özellikle hukuk normlarına, yönlendirir. Hukuk kavramının ve hukuk normlarının niteliği, hukuk felsefesi ve hukuk teorisinin merkezi konularını oluşturur (**Bydlinski, Franz**, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien-NewYork 1991, s. 182). Çalışmamızda, hukuk felsefesinin ve hukuk teorisinin temel sorunlarına geniş bir şekilde değinilmemiş, sadece mümkün olduğunca rasyonel bir hukuk bulmanın somut olarak tespiti ve uygulanması üzerinde durulmuştur. İlaveten, hukuk normu (*Rechtsnorm*) ve hukuk kuralı (*Rechtsregel*), esasen birbirinden farklı kavramlardır. Hukuk normu genel/üst bir terim olarak kullanılır ve hukuk kurallarını, hukuk ilkelerini (*Rechtsgrundsätze*), hukuk prensiplerini (*Rechtsprinzip*) ve diğer tüm hukuki normları içerir (**Metzger, Axel**, Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, 2009, s. 26-27). Bu kavramlar çok defa birbiri yerine kullanılmaktadır. Geleneksel hukuk bilminde, hukuk kuralı, hukuk normu,

a) Yazılı olan- olmayan hukuk; yazılı hukuk kurallarının (anayasa, kanun, kanun hükmünde kararname, cumhurbaşkanlığı kararnameleri, eski hukuk, tüzük, yönetmelik, idarenin adsız düzenleyici işlemleri) yanı sıra yazılı olmayan (örf ve adet hukuku, hâkim hukuku) hukuk kuralları da bu kapsamda yer alır. Bu noktada hukuk kuralının maddi hukuka mı yoksa usul hukukuna mı ilişkin olduğu yahut özel hukuka mı yoksa kamu hukukuna mı dahil olduğu önemsizdir.

b) Milletlerarası özel hukuk, kamu hukuku ve usul hukuku; milletlerarası özel hukuk veya usul hukukunun yanı sıra milletlerarası (uluslararası) kamu hukuku da (uluslararası sözleşmeler- özellikle de AİHS) hukuk kavramı kapsamında yer alır.

c) Yabancı hukuk; milletlerarası özel hukuk uyarınca uygulanması gereken yabancı hukuk, kanun yolu denetiminde hukuk kavramı içerisinde yer alır.

d) Bireysel düzenlemeler; hukuki işlemler (sözleşmeler) gibi bireysel düzenlemeler de, prensip olarak, hukuk kavramı dahilindedir. Bu konuda Fransız Medeni Kanunun ünlü 1103.

hukuki düzenleme veya hukuk ilkeleri göreceli bir anlamda ayırt edilebilir. Mevcut çalışmada yerleşik terminoloji dikkate alınarak, daha ziyade hukuk kuralı ve bazen de hukuk normu kavramı kullanılmıştır.

²⁸⁸ Bkz. ve karşı. **Berkin**, s. 217; **Ansay**, s. 350; **Postacıoğlu**, Medeni Usul, s. 723; **Bilge/Önen**, s. 649; **Önen**, s. 297-298; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 832 vd.; **Üstündağ**, Kanun Yolları, s. 20 vd.; **Üstündağ**, Temyizin Nakzı, s. 50 vd.; **Kuru**, HMK El Kitabı, C. 2, s. 1346 vd., 1396 vd.; **Alangoya/Yıldırım/Deren -Yıldırım**, s. 470 vd., s. 524; **Sivrihisarlı**, s. 26 vd.; **Akcan**, s. 28-29; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, HMK, s. 477, 494, 495; **Karlı**, Medeni Muhakeme, s. 795 vd., s. 808; **Özekes**, Pekcanitez Usul, s. 2206 vd., 2282 vd.; **Tanrıver**, Usul C.2, s. 59 vd., 85, 86; **Yavaş**, Temyiz, s. 75 vd.; **Yavaş**, Mihbir, s. 257 vd.; **Budak/Karaaslan**, Medeni Usul, s. 448-449; **Pekcanitez**, Temyiz Denetimi, s. 221 vd.; **Taşpınar-Ayvaz**, Temyiz, s. 170 vd.; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 608 vd., 639 vd.; **Öztek**, Şerh, s. 668 vd.; **Akil**, İstinaf, s. 352 -353; **Akil, Cenk**, Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi, AÜHFD, C. 57, S. 3, 2008, s. 13 vd.; **Akkaya**, İstinaf, s. 205; **Yılmaz**, Şerh, s. 5086 vd.; **Umar**, Şerh, s. 1067 vd.; **Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder**, İsbat Yüğü, 2. Bası, 1980, s. 21 **Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu**, s. 656, 657, 688 vd.; **Bolayır**, Hukuk, s. 146 vd.; 345 vd.; **Tok**, Temyiz, s. 257 vd.; **Bulut**, Temyiz, s. 223 vd., 381 vd.; **Bolayır, Nur**, Fransız Hukuku'ndaki Reform Çalışmaları Işığında Temyiz İncelemesinin Kapsamı, GSÜHFD, C. 16, S. 2, 2017, s. 223-224; **Fasching**, Lehrbuch, s. 952, Kn. 1919; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 184; **Rimmelspacher**, Berufungsgründe, s. 1898-1899; **MüKoZPO/Rimmelspacher**, § 513, Kn. 9; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 1-7; **Doukoff, Norman**, Zivilrechtliche Berufung, 6. Aufl., München 2018, s. 121, Kn. 453; **Wieczorek/Schütze/Gerken**, § 513, Kn. 5; **Schilken**, ZPR, s. 436, Kn. 946; **Hirtz**, in: Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 211, Kn. 16; **Prütting/Gehrlein/Lemke**, ZPO, § 513 Kn.3; **MüKoZPO/Krüger**, § 545, Kn. 3-8; **Nassall, Wendt**, Nichtzulassungsbeschwerde und Revision, 2018, s. 120 vd.; **Jauernig/Hess**, § 74, Kn. 36-39; **Grunsky/Jacoby**, s. 234, Kn. 709; **Zöller/Heßler**, § 545, Kn. 2-5; **AK-ZPO/Ankermann**, § 549, Kn. 2-5; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 545, Kn. 3-6; **Musielak/Voit/Ball**, § 545, Kn. 2-5; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 545, Kn. 1 May, Revision, s. 334 vd.; **Spühler/Vock**, s. 20, 21, 97, 98; **Seiler**, s. 197, Kn. 452; **Graber**, s. 156; **BK ZPO – Sterchi**, Art. 310, Kn. 6; **Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler**, s. 409; **ZPO Komm –Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 8-13; **ZPO Rechtsmittel – Stauber**, Art. 310, Kn. 7; **Stachelin/Stachelin/Grolimund – Stachelin/Bachofner**, § 26, Kn. 5 ve § 27, Kn. 26; **KUKO ZPO – Brunner**, Art. 310, Kn. 3; **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 37-38; **Kramer, Ernst A.**, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., 2019, s. 40.

(2016 yılından önceki m. 1134) maddesine göre, kanuna uygun olarak oluşturulan sözleşmeler, onları yapanlar için bir kanun yerine geçer.

e) Diğer hukuki meseleler; hukuki mesele kapsamında yer alan diğer kurallar (zorunlu mantık kuralları, düşün kanunları, doğa kanunları, tecrübe kuralları), kanun yolu denetimi bakımından, işlevsel olarak, hukuk kuralı gibi ele alınır.

2. Aykırılık (İhlal)

Hukuka aykırılığın ikinci unsuru, hukuk kapsamında yer alan kurallara aykırılık, diğer bir ifadeyle hukukun ihlal edilmesi, yani hukukun hatalı/yanlış uygulanmasıdır. Hukuka aykırılığın genel tanımının yapıldığı Alman Medeni Usul Kanunu m. 546'ya göre; hukuka aykırılık, bir hukuk normunun hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanmasıdır^{289/290}. Buna göre, hukuka aykırılık, ilgili hukuk kuralının hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanması durumunda söz konusu olur.

a. İlgili Hukuk Kuralının Hiç Uygulanmaması

Hukuka aykırılık, uygulanması gereken bir hukuk kuralının hiç uygulanmaması şeklinde meydana gelebilir. Bu durum, esasen, ilgili hukuk kuralının belirlenmesinde hata yapılması halinde söz konusu olur. Bu bağlamda, uygulanması gereken bir hukuk kuralı göz ardı edilmişse veya uygulanması gereken bir hukuk kuralının hatalı olarak uygulanmayacağı sonucuna varılmışsa veya mevcut olmayan yahut geçerli olmayan bir hukuk kuralı uygulanmışsa, ilgili hukuk kuralının belirlenmesinde hata yapılmış olur²⁹¹. Buna göre, kanun

²⁸⁹ Alman Ceza Usul Kanunu m. 337/II'ye göre de; hukuka aykırılık, bir hukuk normunun hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanmasıdır. Yine paralel bir şekilde Türk Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 228/2'ye göre; bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılıktır. Danıştay Kanunu m. 23/a'ya göre de; Danıştay'ın temyiz mercii olarak görevi, bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılıkların denetimini yapmakla sınırlıdır.

²⁹⁰ Hukukumuzda gerek HUMK m. 428/1'de yer alan "kanunun yanlış tatbik edilmesi" gerekse de HMK m. 371/1'de yer alan "hukukun yanlış uygulanması" öğretide, hukukun hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde değerlendirilmektedir (**Karafakih, İsmail Hakkı**, Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952, s. 257; **Ansay**, s. 350; **Bilge/Önen**, s. 649, **Önen**, s. 298; ; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 833; **Alangoya/Yıldırım/Deren -Yıldırım**, s. 524; **Sivrihisarlı**, s. 27; **Kuru**, HMK El Kitabı, C. 2, s. 1396; **Özekes**, Pekcanitez Usul, s. 2353; **Karşı**, Medeni Muhakeme, s. 843; **Akkaya**, İstinaf, s. 205; **Yavaş**, Temyiz, s. 75-76; **Budak/Karaaslan**, Medeni Usul, s. 448, Kn. 111). Benzer şekilde, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu m. 310/a'da istinaf sebebi olarak düzenlenen "hatalı hukuk uygulaması" kavramı da öğretide, bir hukuk normunun hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde anlaşılmaktadır (**BK ZPO – Sterchi**, Art. 310, Kn. 7; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 12; **Seiler**, s. 197-198, Kn. 453).

²⁹¹ **Üstündağ**, Kanun Yolları, s. 20; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 833 vd.; **Alangoya/Yıldırım/Deren -Yıldırım**, s. 524; **Prütting/Gehrlein/Lemke**, ZPO, § 513, Kn.3; **Rimmelspacher**, Berufungsgründe, s.1899, **MüKoZPO/Rimmelspacher**, § 513 Kn. 10; **Zöller/Heßler**, § 513, Kn. 2; **Holzheid**, s. 50; **Fasching**,

yolu mahkemesi, hangi hukuk kurallarının uygulanacağını, alt derece mahkemesinin hukuk kurallarını göz ardı edip etmediğini veya bunları eksik uygulayıp uygulamadığını, uygulanan hukuk kurallarının hiç var olup olmadığını veya zaten veya halen yürürlükte olup olmadığını veya bunların (kişi, yer ve zaman itibarıyla) etkili (*wirksam*) olup olmadığını ve belirtilen içeriğe sahip olup olmadığını denetler²⁹².

b. İlgili Hukuk Kuralının Yanlış Uygulanması

Doğru bir şekilde tespit edilen hukuk kuralının yanlış uygulanması halinde de hukuka aykırılık söz konusu olur. Hukukun uygulanması, ilgili hukuk kural(lar)ının tespitini, yorumunu, altlama faaliyetini (*Subsumtion*) ve hukuki sonucun belirlenmesini kapsar. Dolayısıyla, ilgili hukuk kural(lar)ının tespitinde, yorumunda, altlama faaliyetinde veya soyut hukuki sonucun belirlenmesinde hata yapılması, hukuka aykırılık teşkil eder^{293/294/295}.

Lehrbuch, s. 896, Kn. 1773 ve s. 952, Kn. 1918; **Rechberger/Simotta**, s. 624, Kn. 1094 ve s. 645, Kn. 1118; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 7, 12; **Akkaya**, İstinaf, s. 205-206; **Akil**, İstinaf, s. 354; **Yavaş**, Temyiz, s. 75-76; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 640; **Özekes**, Pekcanitez Usul, s. 2301; **Budak/Karaaslan**, Medeni Usul, s. 448, Kn. 111; **Tok**, Temyiz, s. 261; **Bulut**, Temyiz, s. 373 vd.

²⁹² **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 7; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 14; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 4.

²⁹³ **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 833 vd.; **Alangoya/Yıldırım/Deren -Yıldırım**, s. 470, 524; **Gürdoğan**, Takdir Hakkı, s. 18 vd.; **Akcan**, s. 30; **Akkaya**, İstinaf, s. 205-206; **Akil**, İstinaf, s. 354-355; **Yavaş**, Temyiz, s. 75 vd.; **Yavaş**, Mihir, s. 257 vd.; **Özekes**, Pekcanitez Usul, s. 2301-2302; **Budak/Karaaslan**, Medeni Usul, s. 448, Kn. 111; **Karşı**, Medeni Muhakeme, s. 795; **Pekcanitez**, Temyiz Denetimi, s. 222 vd.; **MüKoZPO/Rimmelspacher**, § 513 Kn. 10-11; **Rimmelspacher**, Berufungsgründe, s. 1899 vd.; **Doukoff**, s. 121, Kn. 455-456; **Zöller/Heßler**, § 513, Kn. 2 ve § 546, Kn. 6-7; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 7, 12; **Seiler**, s. 197-198, Kn. 453; **Bolayır**, Hukuk, s. 347-348; **Tanrıver**, Usul C.2, s. 85-86; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 640; **Öztek**, Şerh, s. 667; **Tok**, Temyiz, s. 261; **Bulut**, Temyiz, s. 373 vd.; **Fasching**, Lehrbuch, s. 896, Kn. 1773 ve s. 952, Kn. 1918; **Rechberger/Simotta**, s. 624, Kn. 1094 ve s. 645, Kn. 1118; **Holzheid**, s. 50; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 24-26; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 24-26.

²⁹⁴ Hemen belirtelim ki, hukukun uygulanmasında gerçekleştirilecek hatalar sadece tespit edilen vakıalara maddi hukukun uygulanması bakımından değil, bizzat usul hukukun uygulanması bakımından da söz konusu olabilir (Karş. **Akkaya**, İstinaf, s. 206; **Özekes**, Pekcanitez Usul, s. 2301). Usul hukuku kuralları sadece vakıa tespitlerinde kullanılmaz, aynı zamanda tespit edilen vakıalara da uygulanabilir. Söz gelimi, taraflar arasında akdedilen bir sözleşmenin HMK m. 193 kapsamında bir delil sözleşmesi olup olmadığına yönelik yapılan hatalı bir tespit, bir altlama hatası teşkil eder. Yine taraflar arasında akdedilen bir delil sözleşmesinin HMK m. 193/2 uyarınca taraflardan birinin ispat hakkını imkansız kılıp kılmadığı veya fevkalade güçleştirip güçleştirmedığı, bu kuralın (dahası soyut hukuki kavramların) yorumuna bağlıdır. Bu noktada yapılan bir yorum hatası da hukuka aykırılık teşkil eder.

²⁹⁵ Hukukun uygulanmasının geleneksel şekli olarak, büyük önerme, küçük önerme ve sonuç önermesinden oluşan hukuki tasımın her aşamasında hukuka aykırılık oluşabilir (**Holzheid**, s. 50; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 6-7; **AK-ZPO/Ankermann**, § 550, Kn. 6; **May**, Revision, Kn. 279 vd.; **Fasching**, Lehrbuch, s. 952, Kn. 1918). Bu konuda detaylı olarak bkz. § 5.

B. Hukuka Aykırılık Türleri

Hukuka aykırılığın söz konusu olabileceği haller yukarıda genel olarak ifade edilmekle birlikte, öğretide bu aykırılıklar bakımından çeşitli tasnifler yapılmaktadır. Bu tasnifler içerisinde en yaygın olanların üzerinde, ana hatları ile, durulması faydalı olacaktır.

1. Maddi Hata - Usuli Hata (*Materieller Fehler - Verfahrensfehler*)

Hukuka aykırılık, alt derece mahkemesinin usuli düzenlemeleri ihlal etmesinden (yani yargılamada hata- *errores in procedendo*- yapmasından) kaynaklanabilir. Örneğin, tarafın iddiasını ispat için dayandığı bir delilin alt derece mahkemesi tarafından kanuni bir sebep olmaksızın dikkate alınmaması HMK m. 27/2'yi ve HMK m. 198/1'i ihlal eder ve bir usuli hata teşkil eder. Öte yandan hukuka aykırılık, alt derece mahkemesi tarafından maddi hukuk hükümlerinin ihlal edilmesiyle de meydana gelebilir. Dahası, alt derece mahkemesi kararının içeriğini belirleyen bir hukuk kuralının ihlal edilmiş olması, yani kararda hata (*errores in iudicando*) yapılması da bir hukuka aykırılık teşkil eder²⁹⁶.

2. Uygulama Hatası (*Anwendungsfehler*)

Uygulanması gereken bir hukuk kuralı göz ardı edilmişse veya uygulanması gereken bir hukuk kuralının hatalı olarak uygulanmayacağı sonucuna varılmışsa yahut karar, yürürlükten kaldırılmış bir hukuk kuralına dayandırılmışsa ya da sonradan yürürlüğe giren ve hukuki uyumsuzluk bakımından etkili olan hukuk kuralı uygulanmamışsa, hukuk uygulamasında hata ve dolayısıyla hukuka aykırılık söz konusu olur²⁹⁷.

3. Yorum Hatası (*Interpretationsfehler*)

Aynı zamanda bir uygulama hatası teşkil eden yorum hatası, alt derece mahkemesinin hukuk kuralının somutlaştırılmasında ve yorumunda hata yapması, hukuk kuralının içerik ve sınırlarını yanlış tespit etmesi²⁹⁸, hukuk kuralının hukuki vakıa ve sonuç unsurlarını doğru bir şekilde anlamaması veya yorumlamaması²⁹⁹ halinde söz konusu olur ve hukuka aykırılık teşkil

²⁹⁶ Bu ayırım Alman hukukunda, özellikle temyizden gerekçelendirilmesi (AMUK m. 551/III) ve temyiz incelemesinin kapsamı (AMUK m. 557/III) bakımından önem arz eder **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 20-23; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 23.

²⁹⁷ **MüKoZPO/Rimmelspacher**, § 513 Kn. 10; **Rimmelspacher**, Berufungsgründe, s.1899; **Zöller/Heßler**, § 513, Kn. 2; **Prütting/Gehrlein/Lemke**, ZPO, § 513 Kn. 3.

²⁹⁸ **Rimmelspacher**, Berufungsgründe, s.1899.

²⁹⁹ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 546, Kn. 4; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 1.

eder. Örneğin, zilyetlik, kasıt, ihmâl, iyi niyet, haklı sebep, önemli sebep, ahlaka aykırılık, veya hakkaniyet kavramlarının yanlış yorumlanması hukuka aykırılık meydana getirir³⁰⁰.

4. Altılama Hatası (*Subsumtionsfehler*)

Altılama kavramı, genel olarak, tespit edilen vakıaların hukuk kuralının unsurlarına tabi kılındığı ve böylece tespit edilen vakıaların ilgili hukuk kuralının unsurlarını karşılayıp karşılamadığının karşılaştırıldığı bir süreci ifade eder³⁰¹. Bu faaliyette, yani somut vakıanın soyut hukuk kuralına dahil edilmesinde yapılan hatalar, altılama hatası (ve aynı zamanda uygulama hatası) olarak hukuka aykırılık kapsamında yer alır³⁰². Örneğin, bir kimsenin bir eşyanın maliki veya zilyedi olup olmadığı, uygun bir illiyet bağının mevcut olup olmadığı, bir tarafın davranışının ihmalkarlık olup olmadığı veya dürüstlük kuralına veya ahlaka aykırılık teşkil edip etmediği hususlarında değerlendirme yapılırken bir altılama hatası yapılabilir ve bu bağlamda yapılan altılama hataları bir hukuka aykırılık teşkil eder³⁰³. Öte yandan irade beyanlarının yorumunun hatalı olması aynı zamanda altılama hatasına sebebiyet verebilir³⁰⁴. Örneğin, bir tarafın irade beyanı, yanlış yorumlanması nedeniyle, bağışlama yerine vasiyetname olarak kabul edilirse, altılama hatası ve dolayısıyla hukuka aykırılık söz konusu olur. Aynı durum, usuli işlemler/beyanlar için de söz konusu olabilir. Söz gelimi, bir tarafın

³⁰⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 24-25; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 26; Schilken, ZPR, s. 436, Kn. 947; Rimmelspacher, Berufungsgründe, s.1899; Wieczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 31; Stein/Jonas/Althammer, § 513, Kn. 4; Thomas/Putzo/Reichold, § 546, Kn. 1; Doukoff, s. 121, Kn. 455; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 546, Kn. 4.

³⁰¹ Wieczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 32; Zöller/Heßler, § 546, Kn. 6; Thomas/Putzo/Reichold, § 546, Kn. 2; AK-ZPO/Ankermann, § 550, Kn. 1, 6; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 26; Schilken, ZPR, s. 437, Kn. 949.

³⁰² Gottwald, Revisionsinstanz, s. 155 vd.; Mitsopoulos, Georg, Die Unterscheidung zwischen Tatfrage und Rechtsfrage im Kassationsverfahren, ZZP 81 (1968), s. 253 vd.; MüKoZPO/Rimmelspacher, § 513, Kn. 10-11; AK-ZPO/Ankermann, § 550, Kn. 6; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 26; Schilken, ZPR, s. 437, Kn. 949; Grunsky/Jacoby, s. 234, Kn. 710; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 27; Zöller/Heßler, § 513, Kn. 2 ve § 546, Kn. 6-7; Wieczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 32; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 13; Thomas/Putzo/Reichold, § 546, Kn. 2; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 546, Kn. 4; Jauernig/Hess, § 74, Kn. 45; Hk-ZPO/Koch, § 546, Kn. 4; Hirtz, in: Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 231, Kn. 26.

³⁰³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 26; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 27; Grunsky/Jacoby, s. 234, Kn. 710; Jauernig/Hess, § 74, Kn. 45; Thomas/Putzo/Reichold, § 546, Kn. 2.

³⁰⁴ Zöller/Heßler, § 513, Kn. 2; Hirtz, in: Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 231, Kn. 26; Doukoff, s. 121, Kn. 456; MüKoZPO/Rimmelspacher, § 513, Kn. 10-11; Rimmelspacher, Berufungsgründe, s.1899.

beyanının hatalı bir yorum sonucu ikrar veya kanun yolundan feragat olarak değerlendirilmesi, atılma hatası ve hukuka aykırılık teşkil eder³⁰⁵.

5. Takdir Hatası (*Ermessensfehler*)

Alt derece mahkemesi hâkiminin takdir yetkisinin kullanımına ilişkin gerçekleştirdiği takdir hataları da hukuka aykırılık teşkil eder. Bu bağlamda takdir hataları, takdir yetkisinin bulunmadığı durumlarda takdir yetkisinin kullanılması, takdir yetkisi bulunmasına rağmen takdir yetkisinin kullanılmaması, takdir yetkisinin aşılması, takdir yetkisinin şeklen kullanılması veya takdir yetkisinin kötüye kullanılması hallerinde söz konusu olur³⁰⁶.

6. Açık Hukuka Aykırılık (Keyfi Hukuk Uygulaması) - Basit Hukuka Aykırılık (*Offensichtliche Rechtsverletzung (willkürliche Rechtsanwendung) – Einfache Rechtsverletzung*)

Günümüz hukuk dilinde “bariz yanlışlık/hata” (*offensichtliche Unrichtigkeit*) keyfilik anlamına gelmektedir. Hukuki bir mesele hakkında verilen bir karar açık bir hukuk kuralını ihlal ediyorsa, bu karar açıkça yanlış ve dolayısıyla keyfidir. Hukukun tüm kaynakları hukukun yanlış uygulanması kapsamına girdiğinden, açık usul hukukunun ihlali de keyfilik teşkil edebilir. Hukukun uygulanması kapsamında bu şekilde verilen kararın nitelikli (=açıkça) yanlış (yani keyfi) ve dolayısıyla savunulamaz olması gerekir³⁰⁷. İsviçre Federal Mahkemesinin yerleşik içtihatlarına göre, itiraz edilen karar, aşık bir şekilde savunulamaz nitelikte ise, fiili (olgusal) durum ile açıkça çelişiyorsa, bir hukuk normunu veya tartışmasız bir hukuk ilkesini ağır bir şekilde ihlal ediyorsa yahut şok edici bir şekilde adalet düşüncesiyle ters düşüyorsa (*in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft*), keyfi hukuk uygulaması söz

³⁰⁵ **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 11; **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 7; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 11; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 6; **Hk-ZPO/Koch**, § 546, Kn. 11; **Pekcanitez**, Temyiz Denetimi, s. 222.

³⁰⁶ **Stickelbrock, Barbara**, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess, Köln 2002, s. 272-273; **Behrens**, s. 47-50; **Bley**, s. 108; **Rimmelspacher**, Berufungsgründe, s.1900; **Dinçkol**, Denetim, s. 153; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 838; **Sivrihisarlı**, s. 106 vd.; **Bolayır**, Temyiz, S. 233-235; **Antalya, Gökhan**, “Hukuk Bilimine Katkı Olarak” Hukuk Teorisi ve Hukuk Metodolojisi, C. II, Ankara 2021, Kn. 3502-3503; **Özekes**, Pekanitez Usul, s. 2301; **Bulut**, Temyiz, s. 437 vd.; **Edis, Seyfullah**, Medeni Hukuka Giriş Ve Başlangıç Hükümleri, 6. Basım, Ankara 1997, s. 208 vd; **Engisch, Karl**, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl., 2018, s. 165; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 33; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 28; **AK-ZPO/Ankermann**, § 550, Kn. 9; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 546, Kn. 13; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 14; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 16; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 31; **Doukoff**, s. 121-122, Kn. 457; **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 13; **BSK BGG – Schott**, Art. 95. Kn. 32-34; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 34-36; **Seiler**, 203, Kn. 470. Takdir yetkisinin kullanılmasında hukuka aykırılık için bkz. § 6/III/E.

³⁰⁷ **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 19-20.

konusu olur. Bununla birlikte Federal Mahkeme bu bağlamda, bir kararı, sadece gerekçelerinin değil, aynı zaman da sonucunun da savunulamaz nitelikte olması halinde bozar. Dolayısıyla başka bir çözümün haklı veya daha uygun görünmesi yahut tercih edilebilir olması, kararın bozulması için yeterli değildir³⁰⁸. İlâveten, alt derece mahkemesinin iyi bir sebebi olmaksızın (*ohne guten Grund*) kendi uygulamasından ve Federal Mahkemenin içtihatlarından farklı bir karar vermesi de keyfi hukuk uygulaması oluşturur. Bu halde keyfilik, ilgili düzenlemelerin yorumuna ilişkin olmayıp, mahkemenin uygulama değişikliği için gerekli olan temel ilkeleri³⁰⁹ göz ardı ederek yerleşik uygulamasından sapmasından kaynaklanır^{310/311/312}.

³⁰⁸ BGE 134 II 124, 133 (E.4.1); BGE 138 I 305, 319 (E.4.3); BGE 140 III 167, 168 (E.2.1); BGer. 4A_324/2012, 24.09.2012 (E.1.5); BGer. 5A_723/2017, 17.12.2018 (E.1.3).

³⁰⁹ Mahkemeler, hukukun farklı bir şekilde uygulanmasının, kanunun anlamına veya değişen koşullara göre daha uygun olacağı sonucuna varırlarsa, önceki uygulamalarını değiştirebilirler. Ancak bunun için mahkemenin ciddi nesnel sebeplere dayanması gerekir. Mahkemenin önceki uygulaması ne kadar uzun süreli devam etmişse, bu sebeplerin de o ölçüde ağır olması gerekir. BGE 133 III 335, 338 (E. 2.3).

³¹⁰ BGer. 4A_172/2007, 13.08.2007 (E. 2.5); BGE 135 III 235, 237 (E.2.4); **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 20; **von Werdt, Nicolas**, Beschwerde in Zivilsachen - Ein Handbuch für Beschwerdeführer und Beschwerdegegner, Bern 2010, s. 219, Kn. 938.

³¹¹ İsviçre hukukunda Federal Mahkemece gerçekleştirilen temyiz denetiminde bazı hususlar bakımından keyfilik yasağı önemli bir ölçüt olarak kullanılmaktadır. Zira temyiz kanun yoluna taraflar, kantonal hukukun uygulanmasına, ihtiyati tedbirlere ilişkin kararlara ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda yabancı hukukun uygulanmasına karşı basit hukuka aykırılıklardan dolayı başvuramazlar (İFMK m. 95/c, m. 96/b ve m. 98). Ancak bu hususlarda açık hukuka aykırılıklar, yani keyfilik söz konusu ise, taraflar temyiz mahkemesine başvurabilirler ve temyiz mahkemesi bu konularda sadece keyfi bir hukuk uygulaması (*willkürliche Rechtsanwendung*) olup olmadığını denetleyebilir (BGer. 5A_723/2017, 17.12.2018 (E.1.2); **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 21, 23; **von Werdt**, s. 219, Kn. 934). Bunların dışındaki hususlarda (örneğin, federal hukuka aykırılıklarda veya malvarlığına ilişkin olmayan uyuşmazlıklarda yabancı hukukun uygulanmasında) her türlü (açık ve basit) hukuka aykırılık temyiz denetimine tabidir. İstinaf kanun yolu bakımından ise, her türlü uyuşmazlıkta, kural olarak, her türlü (basit-açık) hukuka aykırılık, istinaf denetimine tabidir (**ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 21, 23).

³¹² Hukuk uygulamasındaki hatanın, açık veya basit olması, kanun yolu denetiminin sınırları bakımından, kural olarak, belirleyici bir öneme sahip değildir. Bu ayrım daha ziyade İHAM ve AYM tarafından gerçekleştirilen denetimin kapsamı bakımından büyük önem taşır. Bu bağlamda İHAM, açıkça bir keyfiliğin veya mantıksızlığın mevcut olması dışında ulusal mahkemelerin ulusal hukuku yorumlama şeklini sorgulamayacağını belirtmektedir (İHAM/ De Naît Liman-İsviçre, 15/03/2018 T., B. No: 51357/07, §116). Anayasa Mahkemesi'ne göre de; “Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ya da açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz...Ancak kanun veya Anayasaya bariz şekilde aykırı yorumlar ile delillerin takdirinde açıkça keyfilik halinde hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet veren bu tür kararların bireysel başvuruda incelenmesi gerekir. Aksinin kabulü bireysel başvurunun getiriliş amacıyla bağdaşmaz..” (AYM- *Murat Narman*, 2/7/2013 T., B. No: 2012/1137, § 48; AYM- *Ramazan Aras*, 2/7/2013 T., B. No: 2012/219, § 49). İHAM’ın ve AYM’nin açık keyfilik/bariz takdir hatası kapsamında, esasen, açık bir hukuk kuralının uygulanmaması, içtihat farklılığının hukuki güvenliği açıkça ihlal etmesi ve hukuk kuralının anlamının tespitinde, fiili (maddi) meseleyi ve delilleri değerlendirmede bariz hata yapılması yönünde denetim gerçekleştirdiği yönünde detaylı olarak bkz. **Köküsarı, İsmail**, “Açık Keyfilik” ve “Bariz Takdir Hatası” Nedeniyle Adil Yargılanma Hakkının İhlali Meselesi, AHBVÜHFD, C. XXV, S. 2, 2021, s. 646 vd. Yine bu bağlamda açık keyfilik ve bariz takdir hatası hakkında bkz. **Gökcan, Hasan Tahsin**, Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu, TBBD 2018/135, s. 40 vd.; **Gündoğdu**, s. 86 vd.; **Duman, Özgür**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Karşılaştırmalı Hukuk Penceresinden “Dördüncü Derece Olmama Doktrini” Ve Yansımaları, AYD, C. 39, S. 1, 2022, s. 76 vd. Son olarak, basit hukuka aykırılık

Buna karşılık, hukuki bir meselenin açıkça yanlış değerlendirilmediği (yani nitelikli bir hata ve dolayısıyla keyfi bir hukuk uygulaması olmadığı) durumlarda, hukuki bir meselenin basit bir şekilde yanlış değerlendirilmesi ve basit hukuka aykırılık söz konusudur. Örneğin, belirli bir hukuki meseleye ilişkin birden fazla (savunulabilir) doktrinel görüş varsa ve bunlardan biri takip ediliyorsa veya bir hukuk normu ihlal ediliyorsa ancak ortaya çıkan sonuç adalet düşüncesine şok edici bir şekilde ters düşmüyorsa (yani sonuç tatmin edici değilse ancak savunulamaz olarak kategorize edilecek kadar şok edici görünmüyorsa) durum böyledir. Başka bir deyişle, açık bir hukuk ihlali, tartışmasız hukuki ilkelerin ihlali ve şok edici derecede adaletsiz bir sonuç yoksa, yanlış hukuk uygulanması basit olarak sınıflandırılmalıdır³¹³.

ile açık hukuka aykırılık, dahası özgül anayasa aykırılık (*spezifische Verfassungsverletzung*) arasındaki sınırın geçişken olduğu ve bu yüzden anayasa hukuku bakımından yapılan denetimin sonuç itibarıyla temyiz denetimine yaklaşabildiği yönünde bkz. **Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter**, Verfassung und Zivilprozess, 1984, s. 76.

³¹³ **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 22.

§ 4 KANUN YOLU DENETİMİ BAĞLAMINDA HUKUK KURALI

I. Genel Olarak Hukukun Kaynakları

Hâkim, uygulanacak (ilgili) hukuk kurallarını, taraflarca ileri sürülmesinden bağımsız olarak ve re'sen (kendiliğinden) uygulamak zorundadır. Dolayısıyla, ilgili hukuk kurallarını tespit edip uygulamak, hâkimin yetkisi ve görevi dahilindedir (HMK m. 33/1³¹⁴; İFMUK m. 57³¹⁵). Bu, genellikle hâkim hukuku re'sen uygular³¹⁶ (*iura novit curia*) şeklindeki ifade edilen ilkenin bir gereğidir. Bu ilke, sadece usule ilişkin bir ilke değildir, aynı zamanda modern hukuk devletinin genel bir ilkesidir³¹⁷.

Hâkimin bağlı olduğu uygulanabilir hukuk kurallarını nerede ve nasıl bulacağı, kural olarak, hukukun kaynakları öğretisine göre belirlenir. Hâkim, hukuku bulma sürecinde tüm hukuk kaynaklarını incelemekle ve bunlar arasındaki ilişkiye göre doğru hareket etmekle yükümlüdür. Bu konuda Türk ve İsviçre hukukundaki temel düzenleme Medeni Kanunun 1. maddesidir. Bu madde, hangi hukuki kaynakların belirleyici olduğunu, bunların arasında nasıl bir öncelik ilişkisi bulunduğunu ve hâkime doğru kararı vermesi için dikkate alması gereken

³¹⁴ HMK m. 33/1'de, hâkimin Türk hukukunu resen uygulayacağı belirtilmiş, madde gerekçesinde de; "Türk hukuku" terimi, kanunların yanı sıra mevzuat ile örf ve adet hukukunu ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri de kapsamaktadır. 1086 sayılı Kanunun 76 ncı maddesinin birinci cümlesi sadeleştirilerek alınmıştır. 76 ncı maddenin ikinci ve üçüncü cümlelerinde, yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin hükümler de bulunmaktaydı. Ancak, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunda bu konu açıkça düzenlenmiş olduğundan, bu hususlara maddede yer verilmemiştir. Bu hüküm klasik bir ilkeyi ifade etmektedir. Hem usul hukuku, hem maddî hukuk aynı düzeyde madde kapsamı içerisindedir" denilerek pozitif hukuk kuralları, kısmen, belirtilmiştir.

³¹⁵ İFMUK m. 57'ye göre; hâkim, hukuku re'sen uygular.

³¹⁶ Hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesinin öğretide genel olarak üç anlam ifade ettiği belirtilir: 1) hâkim hukuk normlarını, taraflardan bağımsız olarak re'sen uygulamak zorundadır. 2) Tarafların, tek taraflı veya anlaşılamaya dayalı olarak vakıaların hukuki değerlendirmesini etkileyemeyecekleri kabul edilir. 3) Son olarak, bu ilkeye göre, taraflar, hukuku bilmemelerinin zararlı sonuçlarından korunmalıdır. **Meier, Isaak**, *Iura Novit Curia, Die Verwirklichung dieses Grundsatzes im schweizerischen Zivilprozessrecht* Zürich 1975, s. 3, 135, 140. Bu ilke hakkında ayrıca detaylı olarak bkz. **Bolayır**, Hukuk, s. 3 vd.; **Akil**, Hukuk, s. 3 vd.

³¹⁷ **Guldener**, s. 155; **ZPO DIKE – Glasl**, Art. 57, Kn.1.

talimatları içerir^{318/319}. Buna göre, hâkim hukuki bir meseleye ilişkin uygulanabilir hukuk kuralını öncelikle yazılı hukuk kuralları (bunlar arasında da birincil olarak kanun hükümleri) arasında aramalıdır ve bunları uygulamalıdır. Yazılı hukuk kuralları arasına bir düzenleme yoksa, yazılı olmayan örf ve adet hukuku uygulanır. Bu da ilgili bir kural içermiyorsa, mahkeme, kanun koyucu olarak belirleyeceği kurala göre karar verir (TMK m. 1/1-2; İFMEK m. 1/1-2)³²⁰.

Kuşkusuz her ülkede (özellikle yazılı) hukukun kaynakları farklılık arz eder. Bu konuda ilgili ülkedeki yasal düzenlemeler, öğreti ve yargı içtihatlarına bakılarak değerlendirme yapılmalıdır. Hukukumuz bakımından yazılı hukukun (yürürlük) kaynakları şunlardır³²¹: anayasa, kanunlar, uluslararası sözleşmeler (AY m. 90), Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (AY m. 104), TBMM İktüzüğü (AY m. 95), halen yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler ve tüzükler (AY Geçici m. 21/F), eski hukuk, içtihadı birleştirme kararları (Yargıtay Kanunu -Yarg. K m. 45), yönetmelikler (AY m. 124) ve idarenin adsız düzenleyici

³¹⁸ **Meier-Hayoz, Arthur**, Artikel 1 ZGB, Berner Kommentar (BK) zum Schweizerischen Privatrecht, 1962 (Nachdruck 1966), Art. 1, Kn. 2; **Middendorf, Patrick/Grob, Beatrice**, in: Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra (Hrsg.), 3. Aufl. 2016, Art. 1, Kn. 1; **Hausheer, Heinz/Jaun, Manuel**, in: Die Einleitungsartikel des ZGB Art. 1-10 ZGB, SHK - Stämpfli Handkommentar, 2003, Art. 1, Kn.1; **Emmenegger, Susan/ Tschentsche, Axel**, in: Einleitung, Art. 1-9 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Berner Kommentar Band I/1, Hausheer, Heinz/ Walter, Hans Peter (Hrsg.), Bern 2012, Art. 1, Kn. 1; **Schwander, Ivo**, in: ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar, Kostkiewicz, Jolanta Kren / Wolf, Stephan /Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (Hrsg.), 4. Aufl. 2021, Art. 1, Kn. 1; **Edis**, s. 60-61; **Oğuzman/Barlas**, s. 43; **Antalya**, HBK C. II, Kn. 579.

³¹⁹ Medeni Kanunun 1. maddesi, özel hukukun tüm alanlarının yanı sıra, kural olarak hukukun diğer alanlarında da etkili olan bir düzenlemedir. Bu madde yöntemlerin belirlenmesini içeren bir hukukun genel ilkesi niteliğindedir (BGE 97 I 353, 355 (E. 1a); **BK ZGB - Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 95-96). Usul hukukuna ilişkin hükümlerin yorumu ve boşlukların doldurulmasında da, kural olarak, Medeni Kanun m. 1 uygulanır (**BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 73).

³²⁰ **Schwarz, Andreas, B.**, Medeni Hukuka Giriş, (çev. Hıfzı Veldet), İstanbul 1942, s. 42; **CHK ZGB – Middendorf/Grob**, Art. 1, Kn. 1; **Dürr, David, D.**, “Rechtsanwendung” als Rechtsfindung in: Einleitung, Art. 1-7 ZGB, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Das Personenrecht, ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. I/1, Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, 1998, Gauch, Peter/Schmid, Jörg (Hrsg.); **OFK ZGB – Schwander**, Art. 1, Kn. 1, 5; **BK ZGB -Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 126 vd.; **Antalya**, HBK C. II, Kn. 581, 585.

³²¹ Bu konuda detaylı olarak bkz. **Aral, Vecdi**, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, 7. Baskı, İstanbul 2010, s. 92 vd.; **Edis**, s. 66 vd.; **Oğuzman/Barlas**, s. 44 vd.; **Serozan**, Medeni Hukuk, s. 82 vd.; **Hatemi, Hüseyin**, Medeni Hukuk’a Giriş, 6. Bası, İstanbul 2012, s. 50 vd.; **Antalya, Gökhan/Topuz, Murat**, Marmara Hukuk Yorumu, C. I, Medeni Hukuk (Giriş - Kavramlar - Başlangıç Hükümleri), 3. Bası, Ankara 2019, s. 303vd.; **Antalya**, HBK C. II, s. 182 vd.; **Kılıçoğlu**, Medeni Hukuk, s. 22 vd.; **Helvacı, Serap/Erlüle, Fulya**, Medeni Hukuk, Medeni Hukuka Giriş Kişiler Hukuku Aile Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2016, s. 10 vd.; **Güriz, Adnan**, Hukuk Başlangıcı, 12. Baskı, Ankara 2009, s. 55 vd.; **Bilge, Necip**, Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, 33. Bası, Ankara 2015, 46 vd.; **Gözler, Kemal**, Hukuka Giriş, 16. Baskı, Bursa 2019, s. 170 vd.; **Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya**, Medeni Hukuk, Yirmibeşinci (33.) Baskı, İstanbul 2019, s. 45 vd.; **Aybay, Aydın/Aybay, Rona/Pehlivan, Ali**, Hukuka Giriş, 11. Baskı, İstanbul 2015, s. 93 vd.; **Baygın, Cem/Nar, Ahmet**, Medeni Hukuk Dersleri - I Başlangıç Hükümleri ve Gerçek Kişiler Hukuku, Ankara 2021, s. 46 vd.

işlemleri (genelge, tebliğ, sirküler, yönerge vb.). Yazılı olamayan hukuk kaynağı, örf ve adet hukukudur. Son hukuk kaynağı, hâkimin kanun koyucu gibi oluşturduğu hukuk, yani hâkim hukukudur.

Hemen belirtelim ki, dar ve teknik anlamda yukarıda sayılan hukuk kaynakları arasında yer almamakla birlikte, taraflarca hukuka uygun olarak yapılan bireysel düzenlemeler (sözleşmeler) ve hukuki mesele kapsamında yer alan diğer kurallar (zorunlu mantık kuralları, düşün kanunları, doğa kanunları, tecrübe kuralları), kanun yolu denetimi bakımından, işlevsel olarak, hukuk kuralı gibi ele alınırlar³²².

Bundan sonra öncelikle yazılı hukuk kurallarının genel olarak uygulanabilirlik şartları incelenecek, ardından hukuk kaynakları ve kanun yolu yargılamasında işlevsel olarak hukuk kuralı gibi ele alınan diğer kurallar, kanun yolu denetimi bakımından özellik arz eden yönleri ile irdelenecektir. Son olarak, kanun yolu denetiminde zamansal yönden hukuk kuralı, dahası objektif hukuka aykırılık ele alınacaktır.

II. Hukuk Kuralının Uygulanabilirlik Şartları

Bağlayıcı olan ve karara esas alınması gereken hukuk kuralı, hukuken geçerli ve kural olarak yürürlükte olan hukuk kuralıdır³²³. Dolayısıyla, sadece geçerli olarak oluşturulmuş ve yürürlüğe konmuş bir hukuk kuralı, hukuki geçerliliğini, dahası etkililiğini kaybetmediği sürece uygulanabilir³²⁴. Bu nedenle hâkim, yasal düzenlemeler çerçevesinde, ilgili hukuk kuralının hukuki geçerliliğini ve etkililiğini denetlemeli ve sadece bu nitelikteki hukuk kurallarını uygulamalıdır³²⁵. Aksi durum, bir kanun yolu sebebi olarak hukuka aykırılık oluşturur.

A. Hukuki Geçerlilik - Hukuki Bağlayıcılık (*Rechtsgültigkeit - Rechtsverbindlichkeit*)

Hukuki geçerlilik³²⁶, belirli şekli ve maddi şartların yerine getirilmesine bağlıdır. Hâkim, somut hayat olayını değerlendirirken, öncelikle, yasal düzenlemeler kapsamında, bu

³²² Bkz. §/III/İ.

³²³ SHK ZGB- Hausheer/Jaun, Art. 1, Kn. 13; ZK ZGB- Dürr, Art. 1-B-I-IV, Kn. 17; ZPO DIKE – Glasl, Art. 57, Kn.18; Antalya, HBK C. II, Kn. 608-611.

³²⁴ BK ZGB - Meier-Hayoz, Art. 1, Kn. 78; SHK ZGB- Hausheer/Jaun, Art. 1, Kn. 13.

³²⁵ BK ZPO - Hurni, Art. 57, Kn. 38; ZPO DIKE – Glasl, Art. 57, Kn.18.

³²⁶ Hukuk normların geçerliliği hususunda ayrıca detaylı olarak bkz. Gözler, Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş, Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara 1998, s. 27 vd.

şartların yerine getirilip getirilmediğini incelemeli ve yerine getirilmemesi halinde, söz konusu olayda kuralı uygulamamalıdır³²⁷.

1. Şekli Şartlar

Bir hukuk kuralının, hukuken geçerli olabilmesi için, pozitif hukuk uyarınca ilgili hukuk kuralını çıkarma konusunda, yetkili organ tarafından ve öngörülen usule uygun olarak çıkarılmış olması gerekir³²⁸. Söz gelimi, şekli anlamda kanun, anayasa ile yetki verilmiş yasama organı (TBMM) tarafından yine anayasada öngörülmüş usule uygun olarak, bu ad altında, kabul edip (AY m. 87 vd.), yürürlüğe konulan yazılı hukuk kuralıdır³²⁹. Bir Bakanlık tarafından, kanun adı altında da olsa çıkarılan bir hukuk kuralı, şekli anlamda kanun olarak hukuki geçerliliğe sahip değildir. Bu noktada hemen belirtelim ki, ilgili hukuk kuralının, pozitif hukuk tarafından öngörülen usule uygun olarak çıkarılmış olup olmadığını hâkimin denetleme yetkisi ve görevi, bu konuda öngörülen yasal düzenlemelere göre belirlenir. Bu bağlamda hâkim, söz gelimi bir kanunun şekil bakımından anayasada öngörülen iç prosedüre (örneğin son oylamanın gerekli çoğunlukla yapılıp yapılmadığı) uygun olup olmadığını denetleyemez ve bu konuda Anayasa Mahkemesine dahi başvuramaz (AY m. 148/2). Ancak hâkim, kanunun usulüne uygun olarak ilan edilip edilmediğini belirleme yetki ve görevine sahiptir. Genel olarak bağlayıcı bir kanunun hukuki geçerliliği için resmi gazetede yayımlanmasının bir şart olduğu konusunda bugün artık herhangi bir şüphe bulunmamaktadır³³⁰. Öte yandan, şekil yönünden anayasaya aykırı yapılmış tüzük ve yönetmeliklerin hukuki geçersizliğini, hukuk hâkimi gözetmelidir ve anayasaya aykırı bulduğu tüzük ve yönetmelikleri uygulamamalıdır. Zira, tüzük ve yönetmelikler bakımından kanunlarda olduğu gibi Anayasada herhangi bir sınırlama

³²⁷ **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 79; **SHK ZGB- Hausheer/Jaun**, Art. 1, Kn. 13; **ZK ZGB- Dürr**, Art. 1-B-I-IV, Kn. 17, 22, 24, 28; **BK ZPO - Hurni**, Art. 57, Kn. 38; **ZPO DIKE – Glasl**, Art. 57, Kn.18.

³²⁸ **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 80, 84; **SHK ZGB- Hausheer/Jaun**, Art. 1, Kn. 14-15; **ZK ZGB- Dürr**, Art. 1-B-I-IV, Kn. 22, 24; **Antalya**, HBK C. II, Kn. 609.

³²⁹ **Teziç, Erdoğan**, Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul 1972, s. 13, 33 vd.; **Şirin, Tolga**, Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, İstanbul 2019, s. 287, 298, 336.

³³⁰ **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 84; **ZK ZGB- Dürr**, Art. 1-B-I-IV, Kn. 17, 24; **SHK ZGB- Hausheer/Jaun**, Art. 1, Kn. 16. *Gözler*'e göre, modern hukuk sistemlerinde bir kanunun varlığı, resmi gazeteye bakılarak ihdas edilir. Bu husus, normun geçerliliğinin ön koşullarından olan maddi varlığa ilişkindir. **Gözler**, Norm, s. 27-28. Resmi Gazete'de yayımlanacak kurallara ilişkin olarak ayrıca bkz. Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 4 (RG 15/7/2018 – 30479).

getirilmemiştir ve aksi durum hâkimin anayasaya ile bağlılığı ve anayasanın üstünlüğü ilkelerine (AY m. 11/1, m. 138/1) açıkça aykırılık teşkil eder³³¹.

2. Maddi Şartlar

Bir hukuk kuralının hukuken geçerli olabilmesi için içerik olarak hukuka uygun olması, yani anayasal kural ve ilkeler gibi daha üst düzey normlarla çelişmemesi gerekir. Dahası, devletin normlar sisteminin hiyerarşik yapısından³³² hareketle, biçimsel olarak daha alt düzeylerdeki tüm normlar daha üst düzeylerdeki normlarla çelişmemelidir³³³. Bir normun, kendisinden üst bir normun öngördüğü koşullarda çıkarılması, bir geçerlilik koşuludur ve bu koşula uymayan norm geçersizdir³³⁴. Kural olarak, hâkim, uygulanacak hukuk normunun daha üst hukuk normuyla uyumlu olup olmadığını kontrol etmelidir³³⁵. Bununla beraber, içerik açısından geçersizlik karşısında da hâkimin durumu, her bir kural bakımından, yasal düzenlemelere göre değişiklik arz eder. Öncelikle hâkimin, normun geçersizliğinin yaratacağı yasal boşluktan kaçınmak ve dolayısıyla hukuki güvenliği güçlendirmek için, daha alt düzeydeki kuralı, mümkün olduğunca daha üst düzeydeki hukuk kuralına uygun olarak yorumlaması gerekir³³⁶. Şayet böyle bir yorum mümkün değilse, ilgili hukuk normuna göre farklı şekillerde hareket etmesi gerekir. Kanunun, yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnamenin (AY Geçici m. 21/F) veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini esas bakımdan anayasaya aykırı görürse, bu konuda somut norm denetimi yoluna başvurmalı ve daha sonra anayasaya mahkemesinin vereceği karara göre hareket etmelidir (AY m. 152/1, 3). Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda uluslararası sözleşme hükümlerini

³³¹ **Seçkin, Recai**, Anayasa Mahkemesinden Başka Mahkemelerin Anayasayı Uygulamaları ve O Mahkemelerce Hukuk Kurallarının Anayasaya Uygun Yorumu, Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, İstanbul 1968, s. 142-143; **Seçkin, Recai**, Hukuk Kurallarını Uygulamada Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Anayasaya Dayanan Kural Belirleme Yetkileri ve Geçerli Olmayan Tüzük Gibi İdarî Düzenleyici İşlemler Yerine Daha Üstün Olan Kuralı Uygulama Ödevleri, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 60-61; **Atar, Yavuz**, Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukukî Sonuçları (Anayasa m. 11), SÜHFD, C. 2, S. 2, 1989, s. 207. Aksi yönde bkz. **Onar, Sıddık Sami**, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, İstanbul 1966, s. 396. Ayrıca karşı. **Gözler**, Norm, s. 110.

³³² **Kelsen, Hans**, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, s. 228 vd.; **Bydlinski**, Methodenlehre, s. 456-457; **Gözler**, Norm, s. 101.

³³³ **Seçkin**, Yorum, s. 124, 145, 146, 147; **Seçkin**, Hukuk Kuralları, s. 51; **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 86; **Larenz, Karl**, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, s. 196; **ZK ZGB- Dürr**, Art. 1-B-I-IV, Kn. 34-36.

³³⁴ **Gözler**, Norm, s. 107.

³³⁵ **ZPO DIKE – Glasl**, Art. 57, Kn.18; **BK ZPO - Hurni**, Art. 57, Kn. 38; **Akil**, Hukuk, s. 12.

³³⁶ Bu bağlamda özellikle anayasaya uygun yorum için bkz. § 4/III/A.

uygulanmalıdır (AY m. 90/5). Tüzük, yönetmelik ve diğer adsız düzenleyici işlemlerin, kendisinden daha üst hukuk kuralı olan anayasaya veya kanuna esas bakımdan aykırı olması durumunda, anayasa veya kanun hükümlerini uygulamalıdır³³⁷. Nitekim Yargıtay'da, hukuk hâkimince yönetmeliğin kanuna aykırı olup olmadığını incelemesi ve aykırı ise kanunu uygulaması gerektiğini ifade etmektedir³³⁸.

İlaveten, genel yetkilendirme sayesinde, hâkimin kanun hükümlerini daha kapsamlı bir şekilde maddi açıdan incelemesine bir dereceye kadar izin verilir. Bu bağlamda, hâkim, hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2; İFMEK m. 2) ve yabancı hukukun kamu düzenine uygunluğu (MÖHUK m. 5; İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 17) açısından incelenme yetkisi ve görevi vardır³³⁹.

Son olarak, hâkimin, pozitif hukuk kurallarını, pozitif üstü bir bakış açısıyla gözden geçirip geçiremeyeceği; hukuk idesini (*Rechtsidee*) ihlal eden, yani etik ilkelerle bağdaşmayan bir pozitif hukuk kuralını ihmal etmesinin veya ondan sapmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. AY m. 138/1'e göre, hâkim, anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak karar vermelidir. Federal Alman Anayasası m. 20/3'e göre, yargı, kanuna ve hukuka bağlıdır. İşte bu formülde kullanılan, "ve hukuk" ile, ne kastedilmekte, pozitif üstü hukuka da işaret edilmekte

³³⁷ **Seçkin**, Yorum, s. 143-144; **Seçkin**, Hukuk Kuralları, s. 60-61; **Kuru, Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 1927-1929; **Atar**, Anayasanın Bağlayıcılığı, s. 207. Aksi yönde bkz. **Onar**, s. 396. Ayrıca karş. **Gözler**, Norm, s. 110.

³³⁸ Yargıtay İBBGK, 22/3/1996 T., 1993/5 E., 1996/1 K.: "...Buna karşılık yönetmelik, kanunu açıklayan, kanunun uygulanmasını sağlayan ve kanunu tamamlayan bir idari tasarruftur. Yönetmelikle kanun arasında organik bağ mevcut olup, yönetmelik kanuna bağımlıdır. Bu sebeple öncelikle üstün norm olan kanunun, kanuna aykırı olmayan hallerde ise yönetmelik hükümlerinin uygulanması gerekir. Bir başka anlatımla; kanunla yönetmeliğin çatışması halinde üstün norm durumunda bulunan kanuna değer verilerek uyumsuzluğun çözümlenmesi zorunludur. Öğretide bazı hukukçular yönetmeliklerin kanuna aykırı olmasının adli yargıda incelenemeyeceği, bu gibi hallerde ilgili tarafa idari yargıya başvurarak yönetmeliğin iptalini sağlamak üzere önel verilmesi ve bunun bekletici sorun yapılması gerektiği konusunda görüş bildirmektedirler. Gerek Anayasa'da ve gerekse kanunlarımızda yönetmelikle kanunun çatışması halinde bunun bekletici sorun sayılması gerektiği hususunda bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca, adli yargı içinde ceza ve hukuk ayırımı yapılarak sonuca varılması da isabetli değildir. Yorum yaparken yargı yolunu bir bütün olarak kabul zorunludur. Yargıtay'ın süregelen uygulamalarında ayırım yapılmaksızın yönetmeliğin kanuna aykırı olması halinde, kanuna değer verilerek uyumsuzlukların çözümlenmesi ilkesi benimsenmiştir. Yönetmeliğin kanuna bağımlı olması açıklanan şekilde yorum ve uygulama yapılmasını gerektirmektedir...". Yargıtay HGK, 25/11/2009 T., 2009/446 E., 2009/559 K.: "...Hukukun en temel ilkelerinden olan hukukun üstünlüğü ilkesi gereğince, hukukun şekli kaynaklarından olan yasalar, Anayasa hükümlerine, yasaların uygulamasında karşılaşılabilecek sorunların açıklığa kavuşturulması için çıkarılan yönetmelikler de kaynağını bulduğu yasalara aykırı olamaz. Aykırılık durumunda, Türk Ulusu adına yargı yetkisini kullanan mahkemeler Anayasa ve yasaya aykırı olan idari tasarruf niteliğinde olan yönetmeliği uygulayamaz ve yasalara aykırı yönetmelik hükümlerine değer veremez. Hukuk Genel Kurulunun 02.03.2005 gün 2005/11-81-118 K. ve 30.06.1999 gün ve 1999/21 - 892 - 864 sayılı kararları da bu yöndedir...". Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK, 27/5/2021 T., 2017/2517 E., 2021/628 K.

³³⁹ **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 87.

midir? Bu noktada öncelikle belirtelim ki, burada kullanılan hukuk kavramı, yazılı hukukun yanında yazılı olmayan hukuk, özellikle de örf ve adet hukuku ve hâkim tarafından oluşturulan hukuk olarak anlaşılmaktadır. Öte yandan, hukuka bağlılığa yapılan atıf, bir bütün olarak anayasal hukuk düzenine ve yürütmenin anayasaya uygun olarak yapmış olduğu alt hukuki düzenlemelere (tüzük, yönetmelik vb.) olan bağlılığı da ifade eder³⁴⁰. Bu hususlarda, tartışma yoktur. Ancak tartışma hukuk kavramının bunun ötesinde bir anlam ifade edip etmediği ve hâkimin bu bağlamda ne yapması gerektiğine ilişkindir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, bu konuda şu yorumu yapmıştır; kuvvetler ayrılığı ilkesinin ve dolayısıyla hukukun üstünlüğünün temel bir bileşeni olan hâkimin hukuka karşı geleneksel yükümlülüğü, Anayasa’da yargının “kanuna ve hukuka” bağlı olduğu ifadesiyle yer almaktadır (Anayasa m. 20/3). Genel görüşe göre bu, dar bir hukuk pozitivismi reddetmektedir. Formül, kanun ve hukukun genel olarak örtüştüğü, ancak zorunlu olarak ve her zaman örtüşmediği bilincini desteklemektedir. Hukuk, yazılı kanunların bütünü ile özdeş değildir. Belirli koşullar altında, kaynağı anayasal hukuk düzeninde bir anlam bütünü olarak bulunan ve yazılı kanunu düzeltici bir işlev görebilen, devlet otoritesinin hükümlerinden daha fazla hukuk olabilir; bunu bulmak ve kararlarda hayata geçirmek mahkemelerin görevidir. Anayasa’ya göre, hâkim, kelimenin olası anlamının sınırları dahilinde, yasama direktiflerini somut olaya uygulamakla yükümlü değildir. Böyle bir görüş, pozitif devlet hukuk düzeninin temelde eksiksiz olduğunu varsayar ki bu durum ilke olarak hukuki güvenliğin bir önermesi olarak haklı görülebilir ancak uygulamada ulaşılamaz bir durumdur. Yargısal faaliyet sadece yasama organının kararlarını tanımak ve ilan etmekten ibaret değildir. Yargının görevi, özellikle, anayasal hukuk düzenine içkin olan ancak yazılı kanun metinlerinde ifade edilmeyen veya eksik ifade edilen değerlerin, iradi unsurlardan yoksun olmayan değerlendirici bir biliş eylemiyle gün ışığına çıkarılmasını ve kararlarda gerçekleştirilmesini gerektirebilir. Bunu yaparken hâkim keyfilikten kaçınmalıdır; kararını rasyonel argümanlara dayanmalıdır. Yazılı kanunun hukuki bir sorunu adil bir şekilde çözüme işlevini yerine getirmede açıkça ortaya koymak mümkün olmalıdır. Yargı kararı daha sonra bu boşluğu pratik aklın standartlarına ve toplumun iyi temellendirilmiş genel adalet anlayışına/tasavvuruna göre kapatır³⁴¹. Yine Federal Alman Anayasa Mahkemesine göre, bir anayasa normu, bizzat bu anayasanın temel kararları

³⁴⁰ **Grzeszick, Bernd**, in: Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert, Grundgesetz – Kommentar, 102. El. 2023, GG Art. 20, Kn. 65; **Seçkin**, Yorum, s. 125-126; **Akil**, Hukuk, s. 12 vd.; **Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel**, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 9. Aufl., München 2016, Kn. 711.

³⁴¹ BVerfGE 34, 269, 286 vd.

arasında yer alan temel adalet ilkelerini tahammül edilemez derecede göz ardı ederse, hükümsüz ve geçersiz olabilir³⁴². Bu kararında da Mahkeme, ünlü Radbruch formülüne atıf yapmıştır. Bu formüle göre; adalet ve hukuki güvenlik arasındaki çatışma, pozitif kanunun adaletle çelişkisi, “yanlış hukuk” olarak kanunun adalete yol vermek zorunda kalacağı kadar tahammül edilemez bir dereceye ulaşmadıkça, yasama ve iktidar tarafından güvence altına alınan pozitif kanunun, içerik olarak adaletsiz ve uygunsuz olsa bile, öncelikli olduğu şeklinde çözülmelidir³⁴³. Yani, pozitif hukuk ile adalet - ahlak arasındaki çelişki sadece dayanılmaz/tahammül edilemez derecede ise, yanlış hukuk olarak kanun (pozitif hukuk) yerini adalete bırakmalıdır. Kanunun (dahası pozitif hukukun) adalete ve ahlak yasasına tabi kılınması fikrinin bu versiyonu, bugün tartışmasız olmasa da yaygın olarak kabul edilen bir tez olarak belirtilebilir^{344/345}.

Öte yandan, hâkimin adaletsiz olduğunu düşündüğünü bir kanuna karşı anayasaya aykırılık iddiasıyla başvurma yetkisi ve ödevi bulunduğu da unutulmamalıdır. Adaletin bir dizi çekirdek kriterleri (insan onurunun ve kişisel özgürlüğün bir ifadesi olarak kendi kaderini tayin hakkı, eşitlik, ölçülülük, tarafsızlık, gerçeğe uygunluk)³⁴⁶ anayasada ve özellikle de temel haklar katalogunda yer aldığından (pozitivize edildiğinden)³⁴⁷, başka bir deyişle, adalet, anayasa çerçevesinde ve anayasa hükümleri aracılığıyla kapsamlı bir şekilde

³⁴² BVerfGE 3, 225, 232 vd. Federal Anayasa Mahkemesi, başka bir kararında (BVerfGE 23, 98, 106) şöyle demektedir: “Hukuk ve adalet yasama organının tasarrufunda değildir ... Bu nedenle Federal Anayasa Mahkemesi, Nasyonal Sosyalist “hukuki” hükümlerin hukuk olarak tanınmasının mümkün olmadığını, çünkü bu hükümlerin temel adalet ilkeleriyle çeliştiğini ve bunları uygulamak isteyen hâkimin adalet yerine adaletsizlik ilan edeceğini teyit etmiştir”.

³⁴³ **Radbruch, Gustav**, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, s. 107; **Radbruch, Gustav**, Rechtsphilosophie (Studienausgabe), 2.Aufl., Heidelberg 2003, s. 216 vd.

³⁴⁴ **Engisch**, Einführung, s. 243-245; **Larenz**, Methodenlehre, s. 426 vd.; **Dreier, Ralf**, Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Gesetz und Recht, JZ 1985, s. 357. Sadece temel insan haklarının açık ihlali gibi aşırı durumlarda, hâkimin yasal bir hükmü ihmal etmesine veya ondan sapmasına izin verilebileceği yönünde: **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 88.

³⁴⁵ 1989/90’dan sonra Federal Mahkeme “Duvar Bekçileri” davasında pozitif üstü hukuka ve Radbruch formülüne başvurmuştur: fiilin gerçekleştirildiği tarihte Doğu Almanya Hukukuna göre yürürlükte olan Doğu Almanya Sınır Kanunu’nun sınırı geçmeye çalışanları öldürme eylemini meşru kılan 27/2 maddesini geçerli kabul etmemiştir. Gerekçe olarak da Radbruch’un formülüne atıfta bulunmuştur; buna göre bir kanunun adaletle aykırılığı tahammül edilemez ise, kanun “yanlış hukuk” olarak yerini adaletle bırakmalıdır. BGHSt 39, 1; BGHSt 41, 101.

³⁴⁶ **Larenz, Karl**, Richtiges Recht - Grundzüge einer Rechtsethik, München 1979, s. 37-44; **Kriele, Martin**, Kriterien der Gerechtigkeit, Berlin 1963, s. 61 vd.; **Rüthers/Fischer/Birk**, Kn. 400.

³⁴⁷ Anayasa m. 2 (Türkiye Cumhuriyeti, ...adalet anlayışı içinde... bir hukuk Devletidir); m. 5 (Devletin temel amaç ve görevleri...kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır); m. 10 (eşitlik), m. 13 (ölçülülük) ve m. 17 ve devamında yer alan temel hak ve özgürlükler, bu konudaki temel anayasal düzenlemelerdir.

anayasallaştırıldığından³⁴⁸, hâkim dolaylı olarak adalet denetimi yapma konusunda yetkili ve yükümlüdür. Bu, kanunların hukuki niteliği hakkında şüpheleri olduğunda kanunla bağlı olmak ile vicdanları arasında seçim yapmak zorunda kalan hâkimlerin kişisel vicdan çatışmasını önemli ölçüde azaltır³⁴⁹.

3. Yürürlüğe Girmesi ve Yürürlükten Kalkmaması

Bir hukuk kuralı, sadece şekil ve içerik açısından değil, aynı zamanda zamansal olarak da geçerli olmalıdır. Bu bağlamda hukuk kuralının geçerli olabilmesi için yürürlüğe girmesi gerekir. Henüz yürürlüğe girmeyen veya artık yürürlükte olmayan bir hukuk kuralı, kural olarak, geçerli değildir³⁵⁰. Hukuk kuralı, ne zaman yürürlüğe gireceği ilgili düzenlemelerde açıkça öngörülmüşse bu tarihte veya bu konuda açık bir düzenleme yoksa yayımlandığı tarihte yürürlüğe girer³⁵¹. Bir hukuk kuralının uygulanabilmesi için, bir zamanlar sahip olduğu hukuki geçerliliğini kaybetmemiş, yani yürürlükten kalkmasına neden olan bir durumun gerçekleşmemiş olması da gerekir³⁵². Bu bağlamda söz gelimi bir kanun hükmü, başka bir kanun hükmüyle açık veya örtülü (zımni) olarak, ilgili kanunda bir yürürlük süresi öngörülmüşse bu sürenin dolmasıyla veya Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ile yürürlükten kaldırılabilir³⁵³. Kuşkusuz, hâkimin geçiş hükümlerini de dikkate alması gerekmektedir. Zira belirleyici faktör, bir kanunun yalnızca şekli olarak geçerli olup olmadığı değil, aynı zamanda ilgili geçiş hükümlerine göre uygulanabilir olduğunu beyan etmiş olup olmadığıdır³⁵⁴.

³⁴⁸ **Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick**, GG Art. 20, Kn. 69.

³⁴⁹ **Rüthers/Fischer/Birk**, Kn. 966.

³⁵⁰ **SHK ZGB- Hausheer/Jaun**, Art. 1, Kn. 17-18; **ZK ZGB- Dür**, Art. 1-B-I-IV, Kn. 41-43; **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 91; **Antalya**, HBK C. II, Kn. 609.

³⁵¹ 23 Mayıs 1928 tarihli ve 1322 sayılı, Kanun ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Mer'iyet Tarihi Hakkında Kanun m. 3'e göre, kanun veya tüzük (nizamname) metninde ne zaman yürürlüğe gireceğini belirten bir hüküm bulunmazsa, bu kanun veya tüzük, Resmi Gazete'de yayınlanmasını takip eden günden itibaren hesaplanmak üzere kırk beşinci günün sona ermesi ile yürürlüğe girer. Ancak 15/7/2018 tarihli Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 7'ye göre, kanunlar, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve yönetmelikler ile diğer düzenlemeler, ayrıca bir yürürlük tarihi belirtilmemiş ise Resmi Gazete'de yayımlandığı gün yürürlüğe girer (RG 15/7/2018 – 30479). Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan yönetmelikler, yayımdan sonraki bir tarih belirlenmemişse, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girer (AY m. 104).

³⁵² **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 89; **SHK ZGB- Hausheer/Jaun**, Art. 1, Kn. 18

³⁵³ Kanun ve diğer yazılı hukuk kurallarının yürürlükten kalkma halleri için bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 49 vd.; **Baygın/Nar**, s. 55 vd.

³⁵⁴ **ZK ZGB- Dür**, Art. 1-B-I-IV, Kn. 43.

B. Etkililik (*Wirksamkeit*)

Uygulanabilirlik, geçerliliğin yanı sıra normun etkililiğini de gerektirir. Bu bağlamda hukuk normu sadece hukuk sisteminin bir parçası haline gelmekle kalmamalı, aynı zamanda yürürlüğe de girmiş olmalıdır. Kural olarak, yürürlükten kaldırıldığında normun etkililiği de sona erer³⁵⁵. Bununla beraber, yürürlükten kalkan bir kanunun, kendi yürürlük döneminde kazanılan haklara veya durumlara uygulanmasına devam edilebilir. Bu halde, eski kanunun yeni kanun zamanında da etkisini sürdürmesi söz konusu olur³⁵⁶. İstisnai durumlarda, bir kanun yürürlükten kaldırılmayabilir, ancak etkililiği geçici olarak askıya alınabilir. Bu çoğunlukla olağanüstü hal kanunu gibi kanunlar için söz konusu olur³⁵⁷. Bu halde kanun yürürlükte ancak, olağanüstü hal ilan edilmedikçe etkililiği söz konusu olmaz ve dolayısıyla uygulanamaz³⁵⁸.

III. İçerik Yönünden Hukuk Kuralı

A. Anayasa

1. Genel Olarak

Yasama, yürütme ve yargı organları, idare makamları, diğer kuruluş ve kişiler, en üst ulusal hukuk kuralı olarak anayasaya bağlıdır. Bu husus, Anayasa'nın 11. maddesinde³⁵⁹ açıkça

³⁵⁵ **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 91, 93; **SHK ZGB- Hausheer/Jaun**, Art. 1, Kn. 13, 17, 18.

³⁵⁶ **Baysal, Başak**, Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü, Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, İstanbul 2004, s. 495; **Oğuzman/Barlas**, s. 84.

³⁵⁷ **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 93.

³⁵⁸ *Gözler*'e göre, biçimsel olarak geçerli olan normun geçerliliğini kaybetmemesi için iki ek koşula da sahip olması gerekir. Bu ek koşullardan birincisi, bu normun ait olduğu global hukuk düzeninin etkili olması gerektirir. Eğer hukuk düzeni etkililiğini yitirirse, bu düzene ait norm da geçerliliğini yitirir. İkinci ek koşul, bizzat ilgili normun minimum etkililiğe sahip olması gerektirir. Buna göre normun geçerliliğini yitirmemesi için bizzat bu normun bir minimum etkililiğe sahip olması, yani hiç olmazsa belli bir noktaya kadar uygulanması gerektirir. Kendisine hiçbir zaman uyulmayan veya hiçbir zaman uygulanmayan bir norm, geçerli bir norm olarak kabul edilemez. Bu halde norm, metrukiyete düşer. **Gözler**, Norm, s. 90-92.

³⁵⁹ AY m. 11'in gerekçesinde de şu ifadeler yer verilmiştir: "Anayasa sadece devlet iktidarını değil kişileri de bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri Anayasaya uymak zorundadırlar ve yargı kuvveti gerektiğinde, Anayasayı diğer kanunlar gibi uygulayabilecekler". 1961 Anayasası m. 8/2' göre de; "anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır". Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası m. 1/3'e göre ise; "Aşağıda belirlenen temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar. Madde 20/3'e göre ; "yasama, anayasal düzene, yürütme ve yargı organları ise kanuna ve hukuka bağlıdır" (bu hususta detaylı olarak bkz. **Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen**, GG Art. 1 Abs. 3, Kn. 1 vd.). Dolayısıyla, hukukumuzda anayasanın bağlayıcılığın kapsamı, "kişilerin" açıkça dahil edilmesiyle, Alman hukukundan çok daha geniş bir şekilde belirlenmiştir. 1961 ve 1982 Anayasasının "kişiler" bakımından da bağlayıcı olduğuna ilişkin belirlenmesinin nedenleri, tarihsel gelişimi ve tartışmalar için bkz. **Boyar, Oya**, Anayasa ve Özel Hukuk, 2019, s. 101 vd.

belirtilmiştir. Yine AY m. 138'e göre, hâkimler, anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak karar vermek zorundadır. Her iki düzenleme ile anayasa hükümlerinin normatif bağlayıcılığı ve üstün niteliği ortaya konmuştur³⁶⁰. Dolayısıyla, hâkimin hukuku uygulamasının her aşamasında, anayasaya uygun hareket etmesi görevi vardır. Bunun ihlal edilmesi, bir kanun yolu sebebi olarak hukuka aykırılık teşkil eder. Kanun yolu mahkemeleri, bu bağlamda alt derece mahkemelerinin hukuku uygulanmasını denetleyerek, anayasaya aykırı mahkeme kararlarının verilmesini engellemeye çalışır³⁶¹. Anayasa Mahkemesi'nin 2012 yılından itibaren anayasa şikayeti (bireysel başvuru) kapsamında anayasadaki ilgili temel hakların ihlal edilip edilmediğine yönelik inceleme yapması, pratikte anayasanın ve anayasaya uygun hukuk uygulamasının önemini, önceki dönemlere nazaran, daha da artırmıştır.

Anayasanın bütün kamu otoriteleri ve diğer kişiler için bağlayıcı ve üstün olması ile hâkimin anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak karar verme zorunluluğu, bir uyuşmazlıkta birincil olarak anayasanın doğrudan uygulaması³⁶² gerektiği anlamına gelmez. Anayasalar, çoğunlukla doğrudan uygulanabilir normlar yerine yüksek derecede genel ve soyut ilke ve normlar barındırırlar. Bu normları ve ilkeleri somutlaştıracak düzenlemeleri yapmak öncelikle yasama organının yetkisindedir ve kendisinin bu konuda geniş bir hareket alanı, şekillendirme yetkisi vardır. Yasama organınca düzenlenen kanun, hukuki bir problemi karara bağladığı ve çözümüne ilişkin kriterleri belirlediği takdirde, hâkim, prensip olarak³⁶³, bu kriterlerle bağlıdır. Bu, hukuki güvenliğe ve kuvvetler ayrılığına ilişkin anayasal ilkelerin bir gereğidir³⁶⁴. Öte

³⁶⁰ Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı hususunda detaylı olarak bkz. **Kelsen**, s. 228 vd.; **Atar**, Anayasanın Bağlayıcılığı, s. 182 vd.; **Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi**, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2019, s. 135 vd.; **Kaboğlu, İbrahim Ö.** Anayasa Hukuku Dersleri, 17. Bası, İstanbul 2023, s. 47 vd.; **Gözler, Kemal**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 22. Baskı, Bursa 2018, s. 101 vd.; **Anayurt, Ömer**, Anayasa Hukuku Genel Kısım, 4. Baskı, Ankara 2021, s. 737 vd.; **Atar, Yavuz**, Türk Anayasa Hukuku, 14. Baskı Ankara 2021, s. 24-25; **Eren, Abdullah**, Anayasa Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 2021, s. 41 vd.

³⁶¹ **Schwab/Gottwald**, s. 74-75.

³⁶² Anayasanın farklı ihtimallere göre uygulanma şekli ve içeriği hakkında detaylı olarak bkz. **Kaneti, Selim**, Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri, AYD 1989, s. 20 vd.; **Atar**, Anayasanın Bağlayıcılığı, s. 196 vd.; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 133-134; **Hirsch, Ernst E.**, Anayasa'nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri, Birinci Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler, 1971, s. 12-13; **Antalya, Gökhan**, Anayasal Temel Hakların İkincil Doğrudan Üçüncü – Taraf – Etkisi ve Anayasa Yargılamasında Hâkimin Hukuku Uygulamasında Uyacağı On İki Metodolojik Temel İlke, MÜHF-HAD, C. 28, S. 1, 2022, s. 30.

³⁶³ Hâkimin önüne gelen bir uyuşmazlıkta birincil olarak kanuna başvurması kural olmakla beraber, ilgili ülkede var olan düzenlemelere göre farklı durumlar söz konusu olabilir. Nitekim ülkemizde AY m. 90/5 gereğince, uygulanacak kanunun, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir sözleşme hükmü ile çelişmesi ve bu çelişkinin sözleşmeye uygun yorum ile giderilememesi halinde, hâkimin ilgili sözleşme hükmünü uygulaması gerekir. Bkz. ileride..

³⁶⁴ **Zippelius, Reinhold**, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., München 2012, s. 67.

taftan, uygulanacak kanun hükmüne karşı Anayasa Mahkemesine yapılan itiraz başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesince süresi içerisinde karar verilmezse veya kanun hükmünün anayasaya uygun olduğuna yönelik karar verilirse, hâkim ilgili kanunu uygulamalıdır (AY m. 152/1, 3). Bu nedenle de, yani yine anayasa uyarınca, hâkimin önüne gelen bir uyuşmazlıkta öncelikle ilgili kanunu uygulaması gerekir. Bununla beraber, hâkim, anayasanın üstünlüğü ve hukuk sisteminin bütünlüğü nedeniyle, kanunu (ve anayasanın altında yer alan diğer kuralları) anayasa uygun olarak yorumlamak ve uygulamak zorundadır³⁶⁵. Şayet uygulanacak kanunun açık lafzı ve amacı anayasaya aykırı ise, hâkimin, Anayasa Mahkemesine başvurmak yetkisi ve ödevi vardır (AY m. 152/1)³⁶⁶. Ayrıca, yasal bir düzenleme bulunmaması veya sonradan boşluk oluşması halinde hâkim, anayasada doğrudan uygulanabilir bir düzenleme bulunması durumunda bu anayasal düzenlemeyi; aksi halde anayasayı gözeterek kanun koyucu gibi koyacağı kuralı (TMK m. 1/2) uygulamalıdır. Son olarak, oldukça istisnai hallerde, hâkimin kanunu göz ardı ederek, doğrudan uygulanabilir nitelikteki anayasa hükmünü uygulaması gerekir³⁶⁷. Böylelikle hâkim, anayasaya, kanuna ve hukuka olan üçlü bağlılığını yerine getirmiş olur.

2. Yatay Etki

a. Genel Olarak

Yukarıda ifade edildiği üzere, hukukumuzda anayasanın bütün hükümlerinin normatif bağlayıcılığının sadece kamu otoritesini elinde bulunduranlar ve kullananlar için değil, aynı zamanda diğer kişiler için de geçerli olduğu (Almanya, Avusturya ve İsviçre'den farklı olarak) açıkça düzenlenmiştir (AY m. 11). Anayasa hükümlerinin ve özellikle de temel hak ve özgürlüklerin, devlet ile birey arasındaki ilişkilerde doğrudan bağlayıcı ve geçerli olduğuna ilişkin herhangi bir tartışma yoktur. Ancak bununla beraber, anayasal temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde bir etkiye sahip olup olmadığı ve bu etkinin nasıl olduğu tartışmalıdır. Bu husus, yatay etki teorisi çerçevesinde ele alınmakta, öğreti ve uygulamada geniş bir karşılık bulmaktadır. Bu nedenle, yatay etki teorisi, bu başlıkta, ana hatları ile ele alınacaktır.

³⁶⁵ Bkz. § 4/III/A/3.

³⁶⁶ Bkz. § 4/III/A/4.

³⁶⁷ Bkz. § 4/III/A/5.

Günümüzde büyük ölçüde kabul edilen temel hak anlayışına göre, temel haklar, uzunca bir süre varsayıldığı gibi, yalnızca devlet ile birey arasındaki dikey ilişkide bireyin devlet müdahalelerine karşı subjektif savunma hakları değildir. Daha ziyade temel haklar, her yönde ve hukukun tüm alanlarında (dolayısıyla bireyler arasındaki yatay ilişkide de) bir etkiye sahip olan kapsamlı, objektif temel normlardır³⁶⁸. Başka bir ifadeyle, temel haklar aynı zamanda yatay etkiye³⁶⁹ de sahiptir ve dolayısıyla özel hukuk kişileri arasındaki ilişkileri de etkiler^{370/371/372}. Bununla beraber bu yatay etkinin nasıl olduğu, yani yönetimi ve yoğunluğu

³⁶⁸ **Berka, Walter**, Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich, 1999, Kn. 89; **Antalya**, Anayasa, s. 10. İsviçre’de anayasa koyucu 1999 yılında temel hakların objektif hukuki anlayışını, Federal İsviçre Anayasası m. 35/1’de, temel hakların tüm hukuk sistemi için geçerli olduğunu belirterek normlaştırmıştır. Yine Federal İsviçre Anayasası m. 35/2’ye göre; devlet görevlerini yerine getiren herkes temel haklarla bağlıdır ve bunların gerçekleştirilmesine katkıda bulunmakla yükümlüdür ve m. 35/3’ye göre de; yetkili makamlar, temel hakların, uygun oldukları ölçüde, özel kişiler arasında da geçerli olmasını sağlar. İsviçre hukukunda temel hakların yatay etkisinin tarihsel gelişimi hususunda bkz. **Kley, Andreas**, Der wissenschaftliche Streit um die Drittwirkung der Grundrechte 1987–1989, in: Mélanges en l’honneur de Marco Borghi, L’homme et son droit, Zürich 2011, s. 227 vd.

³⁶⁹ Öğretide bu konuda, üçüncü taraf etkisi - yayılım etkisi veya yatay etki (*Dritt-, Ausstrahlungs-oder Horizontalwirkung*) gibi farklı kavramlar kullanılmaktadır. Terminolojik yeknesaklık ve içerik açısından çalışmamızda yatay etki kavramı kullanılmıştır.

³⁷⁰ **Müller, Jörg Paul**, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, 1982, s. 80; **Müller, Jörg Paul**, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Bern 1964, s. 23 vd., 161 vd.; **Saladin, Peter**, Grundrechte im Wandel, 3. Aufl., 1982, s. 307 vd.; **Müller, Georg**, Die Drittwirkung der Grundrechte, ZBl 79 (1978), s. 235 vd.; **Kramer**, Methodenlehre, s. 120-121; **SHK ZGB- Hausheer/Jaun**, Art. 1, Kn. 177; **BK ZGB -Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 260; **Wagner, de Wall**, Die sog. Drittwirkung der Grundrechte, JA 2011, 734; **Atar**, Anayasanın Bağlayıcılığı, s. 194; **Antalya**, Anayasa, s. 3 vd.; **Boyar**, Anayasa, s. 16 vd.; **Möllers, Thomas M.J.**, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2020, § 11, Kn. 4 vd.

³⁷¹ **Saladin**’e göre; “...Temel haklar başlangıçta özgürlüğü ilan etmeyi amaçlıyordu, ancak başlangıçtan itibaren onlara “objektif” bir işlev de verildi: sadece bireyi devlet gücünün somut müdahalelerine karşı korumakla değil, aynı zamanda “düzeni” garanti altına almakla da görevlendirildiler. Temel haklar en başından beri yatay bir etkiye sahipti, çünkü anayasalar, yurttaşların (yasalarla somutlaştırılacak) temel haklarına ve temel hakların güvence altına aldığı özgür düzenlere karşılıklı olarak saygı göstermelerini talep ediyordu; temel haklar böylece yurttaşları yasalar aracılığıyla karşılıklı olarak sorumlu kılıyordu...Vatandaşların temel haklara karşılıklı saygı göstermesi yasal bir yükümlülüktür...”. **Saladin, Peter**, Grundrechte und Privatrechtsordnung. Zum Streit um die sog. «Drittwirkung» der Grundrechte, in: SJZ 84 (1988), s. 373 vd.

³⁷² Anayasa Mahkemesine göre; “devletin negatif bir yükümlülük olarak salt insan hakları ihlallerinden kaçınmasının yanı sıra bireylerin birbiriyle olan yatay ilişkileri de insan haklarının konusu olmakta, bunun sonucunda üçüncü kişilerin eylemlerine karşı korumanın sağlanmasında da devletin birtakım pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Zira devletin kaynağı ne olursa olsun yetki alanında gerçekleşen her türlü insan hakları ihlallerinden sorumluluğu, bu hakların garantörü olmasının doğal bir sonucudur. Temel hak ve hürriyetlerin bu etkisine *yatay etki* denmektedir” AYM- *Tuna Ayçiçek*, 24/1/2018 T., B. No: 2014/6526, § 59. Aynı şekilde bkz. AYM- *İdil Alakuş Dere*, 11.1.2023 T., B. No: 2019/38252, § 13.

Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarda yatay etkinin anayasal dayanaklarını da belirtmiştir: “Anayasa’da pozitif yükümlülüklerle ve temel hakların yatay ilişkilere uygulanmasına gönderme yapan çok sayıda düzenleme bulunmaktadır. Bu kapsamda Anayasa’nın 176. maddesine göre metne dahil sayılan Başlangıç Bölümünün 7. paragrafında, “*Topluca Türk vatandaşlarının (...) birbirinin hak ve hürriyetlerine kesin saygı (...)*” göstermesi hususundan bahsedilmekte Anayasa’nın Devletin temel amaç ve görevlerini belirleyen 5. maddesinde ise“(…), *kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya*

çalışmak” ifadelerine yer verilmektedir. Bunun yanı sıra Anayasa’nın bağlayıcılığı ve üstünlüğüne ilişkin 11. madde gereğince Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarının yanı sıra diğer kuruluş ve kişileri de bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Anayasa’da tanımlanan hak ve özgürlükler tüm bireyler bakımından güvence altındadır. Temel hak ve hürriyetlerin niteliği başlıklı 12. madde gereğince “(...) temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder”. Anayasa’nın “*hakkın kötüye kullanılmasına*” ilişkin 14. maddesinin ikinci fıkrası ise Anayasa hükümlerinden hiçbirinin devlete veya kişilere, Anayasa’yla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasa’da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamayacağını ifade ederek hem bireylere hem de devlete hitap etmekte ve temel hakların etkin kullanımı noktasında kamusal makamlara düşen pozitif yükümlülükler ile temel hakların yatay ilişkilere uygulanmasının normatif dayanaklarından birini oluşturmaktadır.” AYM- *Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık*, 24/3/2016 T., B. No: 2013/6587, § 46.

İsviçre Federal Mahkemesi de yatay etkiyi prensip olarak kabul ettiği BGE 111 II 245, 253 (E. 4.b) kararında bu hususta oldukça detaylı olarak şu açıklamaları yapmaktadır: “... Temel hakların üçüncü taraf ve yatay etkisi öğretisine göre, temel hakların etkisi özel bireyler arasındaki ilişkileri de kapsar. Bu yaklaşım bir yandan zayıfların temel haklarının sadece devlet tarafından değil, aynı zamanda sosyal ve toplumsal güç tarafından da tehdit edildiğinin farkına varılmasına dayanırken, diğer yandan temel hakların tüm hukuk sistemi için temel düzen ilkelerini temsil ettiği ve bu nedenle özel hukuka da standartlaştırıcı bir şekilde müdahale ettiği şeklinde değişen temel hak anlayışının bir ifadesidir... Ancak üçüncü taraf etkisi, temel hakların özel hukukta istisnasız olarak aynen uygulanacağı anlamına gelmez. Ne tüm temel haklar özel kişilerin düzenlemelerini şekillendirmek için eşit derecede uygundur ne de özel hukuk kapsamındaki tüm ilişkiler temel haklara eşit derecede odaklanmayı gerektirir; ikinci durumda, özellikle sosyal gücün yoğunluğuna göre bir ayırım yapılmalıdır... Daha sonra genel olarak, özel hukuk ilişkilerini temel haklara uygun olarak şekillendirmenin öncelikle yasa koyucuya ait olduğu vurgulanmaktadır... Temel hakların özel hukuk ilişkilerini ayrıntılı olarak nasıl etkilediği konusunda görüşler farklılık göstermektedir. Alman doktrinine paralel olarak, özellikle doğrudan ve dolaylı üçüncü taraf etkisi arasında bir ayırım yapılmaktadır. Doğrudan üçüncü taraf etkisini savunanlara göre, temel haklar özel hukuk üzerinde doğrudan bağlayıcıyken, dolaylı üçüncü taraf etkisini savunanlara göre, özel hukuk üzerinde yalnızca genel hükümler, belirsiz hukuk kavramları ve diğer açık standartlaştırma biçimleri yoluyla dolaylı bir etkiye sahiptir... O halde uzlaştırıcı bir görüş, dolaylı üçüncü taraf etkisini varsayar, ancak temel hakların özel hukuktaki dolaylı etkisinin yetersiz kaldığı durumlarda temel haklara doğrudan başvurulmasına izin vermek ister. Bu bağlamda, temel hakların özel hukuk kapsamındaki ilişkilere hem doğrudan hem de dolaylı olarak uygulanmasının hâkimler için zor sorunlar yaratabileceği kabul edilmektedir: Hâkimler sadece özel kişilerin temel haklar tarafından güvence altına alınan konumlarını sınırlandırmakla kalmayıp aynı zamanda bireysel özerkliğin doğasını da dikkate almak zorundadırlar. Bir başka özellik de, yasal düzeyde mümkün olan en kapsamlı, yoğun ve spesifik düzenlemelere duyulan ihtiyacın özel hukukta genellikle hukukun diğer alanlarına kıyasla daha fazla olmasıdır, çünkü özel hukuk genellikle yeterince açık, detaylı ve spesifik düzenlemeler yardımıyla hukuki ilişkilerin düzenlenmesine ve hukuki kesinlik adına yargısal sorunların çözülmesine olanak sağlamalıdır. Bu durum, doktrinde bu karmaşık dengeleme egzersizini gerçekleştirmenin esasen hâkimin değil yasa koyucunun görevi olduğu görüşünü kısmen güçlendirmiştir... Bununla birlikte, bu görüşe göre bile, hukuk hâkiminin özel hukukun genel hükümlerini ve belirsiz hukuk kavramlarını temel haklara uygun olarak yorumlama gibi tartışmasız bir görevi vardır... Üçüncü taraf etkisinin bu tartışmalı modaliteleri hakkında kesin bir açıklama burada gerekli değildir. Bugün İsviçre öğretisinde, temel hakların yatay etkisi ağırlıklı olarak onaylanmaktadır; en azından özel hukuk normlarının temel haklara uygun olarak yorumlanması gerekliliği anlamında dolaylı üçüncü taraf etkisi neredeyse evrensel olarak kabul edilmektedir...”

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin BVerfGE 7, 198, 203 (Lüth) kararından bu yana, öncelikle vatandaşın devlete karşı savunma haklarını içeren temel hakların, hukukun tüm alanları için temel bir anayasal karar olarak geçerli olan objektif bir değer düzeni içerdiğini kabul edilmektedir. Mahkeme bu kararda somut olarak şu hususları ifade etmiştir: “... Kuşkusuz ki, temel haklar öncelikle bireyin özgürlük alanını kamunun müdahalelerinden korumak amacıyla tasarlanmıştır; bunlar vatandaşın devlete karşı savunma haklarıdır. Temel hakların fiktirselsel gelişimi ile temel hakların devlet anayasalarına dahil edilmesine yol açan tarihi olaylar bunu doğrulamaktadır. Bu aynı zamanda, temel haklar bölümünü ilk sıraya koyarak, insanın ve onunun devletin gücü karşısındaki önceliğini vurgulamak isteyen Anayasa’nın temel haklarının anlamıdır. Yasama organının bu hakların korunması için özel bir hukuki çare olan anayasa şikâyetini sadece kamu otoritesinin eylemlerine karşı tanıması da bununla uyumludur. Bununla birlikte, Anayasanın değerlerden bağımsız bir düzen olmak istemediği de doğrudur. Anayasanın temel haklara ilişkin bölümünde objektif bir değer düzeni oluşturduğu ve tam da bu sistemde temel hakların geçerliliğine ilişkin temel bir güçlendirmenin ifade edildiği

tartışmalıdır. Bu hususta, doğrudan, dolaylı yatay etki ve koruma ödevi teorisi olmak üzere üç temel yaklaşım mevcuttur³⁷³.

b. Doğrudan Yatay Etki Teorisi

Nipperdey tarafından geliştirilen doğrudan yatay etki teorisine göre, temel haklar, özel hukuk kişileri arasında doğrudan geçerlidir³⁷⁴. Bu görüşe göre, anayasada yer alan bir dizi önemli temel hak, yalnızca devlet otoritesi karşısında özgürlük haklarını güvence altına almakla kalmayıp, daha ziyade sosyal yaşam için düzen ilkeleri oluşturur³⁷⁵. Bu temel haklar, tüm hukuk sisteminde etki gösteren, objektif ve bağlayıcı anayasal hükümlerdir. Özel hukuk kişileri de devlet gibi bu temel haklara riayet etmelidir. Bu haklar, özel hukuk alanındaki bütün hukuki ilişkilerde, kanunlara dayanmak zorunda olmaksızın ve yorum gibi ara basamaklar gerektirmeksizin doğrudan uygulanırlar^{376/377}. Federal Almanya Cumhuriyeti'nin ilk yıllarında Federal İş Mahkemesi, temel hakların özel kişiler arasında da doğrudan etkiye sahip olduğu

de aynı derecede doğrudur. Merkezini özgürce gelişen insan kişiliğinde ve onun sosyal toplum içindeki onurunda bulan bu değerler düzeni, temel bir anayasal karar olarak hukukun tüm alanlarına uygulanmalıdır; yasama, yürütme ve yargı bundan (bu düzenden) direktifler ve itkiler (*Impulse*) alır. Bu tabii ki özel hukuku da etkiler; özel hukukun hiçbir hükmü ona aykırı olamaz, her biri onun ruhuna uygun olarak yorumlanmalıdır...”.

³⁷³ Detaylı olarak bkz. **Nipperdey, Hans Carl**, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, Recht der Arbeit, 1950, s. 121 vd.; **Nipperdey, Hans Carl**, Grundrechte und Privatrecht, in: FS Erich Molitor, München 1962, s. 747 vd.; **Dürig, Günter**, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Hans Nawiasky, München 1956, s.157 vd.; **Hirsch**, Anayasa, s. 7 vd.; **Atar**, Anayasanın Bağlayıcılığı, s. 194 vd.; **Kaneti**, s. 20 vd.; **Gören, Zafer**, Temel Hak Genel Teorisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 4. Baskı, İzmir 2000, s. 41 vd.; **Gören, Zafer**, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi-Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu (11.05.2001), BTHAE, Ankara 2001, s. 9 vd.; **Özcan, Hüseyin**, Drittwirkung der Grundrechte in der Türkei, AÜEHFD, C. IX, S. 3-4, 2005, s. 181 vd.; **Belling, Detlev W./İnce, Nurten**, Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, Legal Hukuk Dergisi, C. 12, 2014, s. 7 vd.; **Müller**, Elemente, s. 80 vd.; **Saladin**, Wandel, s. 307 vd.; **Rüthers/Fischer/Birk**, Kn. 752 vd.; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 135-137; **Ergül, Ozan**, Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine, Erdal Onar Armağanı Cilt I, 2013, s. 431 vd.; **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 103; **Boyar, Oya**, Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (Ed. Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 53 vd.; **Şirin, Tolga**, Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), İstanbul 2013, s. 350 vd.; **Boyar**, Anayasa, s. 18 vd.; **Kulick, Andreas**, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, s. 2 vd.; **Antalya**, Anayasa, s. 13 vd.

³⁷⁴ **Nipperdey**, Gleicher, s. 121 vd., 125; **Nipperdey**, Grundrechte, s. 747.

³⁷⁵ **Schwabe, Jürgen**, Bundesverfassungsgericht und „Drittwirkung“ der Grundrechte, AöR 100 (1975), s. 443.

³⁷⁶ **Nipperdey**, Gleicher, s. 124; **Tanör, Bülent**, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul 1978, s. 231; **Atar**, Anayasanın Bağlayıcılığı, s. 197; **Belling/İnce**, s. 7.

³⁷⁷ Doğrudan yatay etki öğretisine karşı yapılan temel eleştiriler şöyledir; özel hukuk ilişkilerinde temel hakların doğrudan uygulanması, bireysel özerkliği ortadan kaldırır, temel hakları temel yükümlülüklerle dönüştürür, olağan kanun koyucunun kararlarının görmezden gelinmesine neden olur, kanunlarda düzenlenen spesifik hükümler yerine anayasada yer alan daha soyut ve genel hükümlere başvurulduğundan hukuki güvenlik zedelenir ve dizginlenemez hâkim hukukuna yol açar. **Dürig**, Grundrechte, s. 157 vd.; **Kulick**, s. 2.

görüşünü benimsemiş ve bunu temel hakların anlamındaki değişiklikle gerekçelendirmiştir³⁷⁸. Türk hukukundaki bir görüşe göre de, AY m. 11, 12, 138 ve m. 177/e de dikkate alındığında, anayasa hükümleri ve dolayısıyla temel haklar da özel kişiler arasındaki ilişkilere de doğrudan uygulanır³⁷⁹.

c. Dolaylı Yatay Etki Teorisi

*Dürig*³⁸⁰, daha sonra Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenen temel hakların dolaylı yatay etkisi öğretisini geliştirmiştir. Bu öğretiye göre, temel haklar, özel hukuk meseleleri üzerinde doğrudan bir etkiye sahip olmayıp, sadece bir özel hukuk normu aracılığıyla özel hukuk alanında uygulanabilir. Temel hakların özel hukuk kapsamındaki hukuki ilişkilere her zaman doğrudan etki etmesi özgürlüğün ciddi şekilde kısıtlanmasıyla sonuçlanır³⁸¹. Bu her şeyden önce bireysel hukuki ilişkilerin bireysel özerklikle düzenlenmesi bakımından söz konusu olur. Bu görüşe göre, bir değer düzeninin (*Wertordnung*) ifadesi olarak temel haklar, özel kişiler arasındaki hukuki ilişkiler üzerinde yalnızca, dolaylı bir etkiye sahiptir³⁸². Hâkim için temel hakların dolaylı (yatay) etkisi, basit kanuni hükümlerin/mevzuatın temel haklar ışığında yorumlanması anlamına gelir³⁸³. Belirsiz hukuk kavramları, özel hukuk sistemine yayılan temel hakların içeriği için reseptör görevi görür, özel hukukun genel hükümleri de (dürüstlük kuralı, iyi niyet, ahlak, hakkın kötüye kullanılması gibi), yorumlayıcı direktifler olarak temel haklar için “sızma/giriş noktaları” (*Einbruchstellen*) olarak işlev görür³⁸⁴. Dolayısıyla, hukuk hâkimi bir hukuki ihtilaf ortaya çıktığında, belirsiz hukuk kavramlarını ve genel hükümleri somutlaştırırken, yorumlarken, boşlukları tamamlarken ve

³⁷⁸ BAGE 48, 122.

³⁷⁹ **Hirsch**, Anayasa, s. 7, 11, 12; **Gören**, Özel Hukuk, s. 31; **Atar**, Anayasanın Bağlayıcılığı, s. 195; **Özcan**, s. 186; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 135-136; Temel hakların ikincil- doğrudan uygulanması yönünde: **Antalya**, Anayasa, s. 30-31. Ayrıca bkz. **Belling/İnce**, s. 39, dp. 187’de belirtilen yazarlar. *Boyar*’a göre, mahkemeler anayasayı doğrudan uygulamakla yükümlüdür. Özel hukuk yargılamasında anayasanın doğrudan uygulanmasının anlamı, anayasa hükümlerinin de yargılama esnasında kanunlarla aynı şekilde dikkate alınmasıdır (**Boyar**, Anayasa, s. 160) *Sungurtekin-Özkan*, yasamanın anayasaya aykırı bir kanun yapamayacağını, anayasaya aykırı olarak yapıldığında da bunun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebileceğini, özel hukuktaki temel kavramların anayasa uygun olarak yorumlanması ve boşluklarında anayasaya uygun olarak tamamlanması gerektiğini savunmaktadır. **Sungurtekin-Özkan**, Sosyal Hukuk Devleti, s. 553 vd.

³⁸⁰ **Dürig**, Grundrechte, s. 157, 176 vd.

³⁸¹ **Dürig**, Grundrechte, s. 157 vd.

³⁸² **Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen**, GG Art. 1 Abs. 3, Kn. 64; **Möllers**, Methodenlehre, § 11, Kn. 11

³⁸³ BVerfGE 7, 198; BVerfGE 65, 196, 215.

³⁸⁴ **Dürig**, Grundrechte, s. 157 vd., 164; **Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen**, GG Art. 1 Abs. 3, Kn. 74; **Rüthers/Fischer/Birk**, Kn. 760.

genel olarak özel hukuk kapsamındaki sözleşmeleri ve irade beyanlarını yorumlarken temel hak pozisyonlarını gözetmek zorundadır. Böylelikle, temel haklar, özel hukuk üzerinde yayılım etkisi (*Ausstrahlungswirkung*) gösterir^{385/386}.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi 1958 tarihli Lüth kararıyla³⁸⁷ temel hakların, hukukun tüm alanları için temel bir anayasal karar olarak geçerli olan objektif bir değer düzeni içerdiğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre, temel haklar, özel kişiler arasındaki hukuki ilişkiler üzerinde yalnızca dolaylı bir etkiye sahiptir ve hâkimin temel haklarla doğrudan bağlanması söz konusu değildir. Bununla beraber, hâkimin, anayasanın temel haklara ilişkin düzenlemelerini ilgili olduğu ölçüde dikkate alması gerekir. Burada temel hakların içeriği, özel hukuk alanındaki belirsiz hukuk kavramları, genel hükümler ve yorumlanabilir ve yorumlanması gereken diğer kavramlar aracılığıyla özel hukuk alanı üzerinde bir etkiye sahiptir³⁸⁸. Hukukumuzda da bir görüş, temelde benzer nedenlerle, dolaylı yatay etkiyi savunmaktadır³⁸⁹.

Öte taraftan Alman içtihat hukukundaki son gelişmeler, özel kişilerin temel haklar yükümlülüğünü geleneksel dolaylı yatay etkinin çok ötesine taşımış ve bireysel davalarda, özel

³⁸⁵ **Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio**, GG Art. 2 Abs. 1, Kn. 109.

³⁸⁶ Öğretide bu teori de eleştirilmektedir. Temel hakların dolaylı üçüncü taraf etkisi doktrini metodolojik olarak tartışmalıdır. Özellikle, neden temel hakların yalnızca genel hükümler ve belirsiz hukuk kavramlarıyla sınırlı olarak etkili olduğu açıkça tatmin edici değildir. Öte yandan temel hakların özel kişiler arasında ne ölçüde dikkate alınacağı, yani ne ölçüde yayılacağı belirsizliğini korumaktadır. Bu hususta bkz. **Canaris, Claus-Wilhelm**, Grundrechte und Privatrecht, eine Zwischenbilanz, 1999, s. 16, 30; **Möllers**, Methodenlehre, § 11, Kn. 14; **Neuner, Jörg**, Das BVerfG im Labyrinth der Drittwirkung, NJW 2020, s. 1852-1853. Dolaylı yatay etkiye eleştirel yönde ayrıca bkz. **Boyar**, Anayasa, s. 88-89.

³⁸⁷ BVerfGE 7, 198, 205.

³⁸⁸ Federal Alman Anayasaya Mahkemesinin yatay etkiye ilişkin argümanları her zaman tutarlı değildir. Mahkeme çoğu zaman dolaylı yatay etkiye başvurmakla beraber, bazen koruma yükümlülüğü öğretisine de atıfta bulunmaktadır. Yine Mahkeme, Fraport Kararında doğrudan yatay etkiyi kabul etmiştir. **Neuner**, s. 1852

³⁸⁹ Türk hukukunda **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, şu ifadelerle bu görüşü savunmaktadır: “Anayasanın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümleri, Devlet ile kişiler arasındaki dikey ilişkiyi ilgilendirir. Bunlar hâkim olan görüşe göre, kişiler arasındaki yatay ilişkiyi düzenleyen Özel Hukuk alanında doğrudan doğruya uygulama alanı bulmazlar. Anayasa hükümlerinin Özel Hukuk ilişkileri üzerindeki etkisi, ancak Özel Hukukta yer alan belirli tipteki bazı normlar aracılığıyla, bir başka deyimle dolaylı olarak gerçekleşir. Söz konusu Özel Hukuk normları, “beyaz hüküm”, “çerçeve hüküm”, “genel nitelikte hüküm” gibi adlarla anabileceğimiz, kanun tarafından sadece genel çerçevesi çizilen, fakat içeriği ayrıca somutlaştırmaya muhtaç hükümlerdir. Bu tip hükümlerin en başta gelen örnekleri olarak, “dürüstlük kuralı” ve “hakkın kötüye kullanılması yasağı” (MK, m. 2), “kişilik hakları” (MK, m. 23 vd), “kamu düzenine” ve “ahlaka (adaba)” aykırılık (BK, m. 19/II, 20/I), “hak ve nispet=hakkaniyet” (MK, m. 4), çeşitli maddelerde geçen “muhih (haklı) sebep” gibi kavramları düzenleyen hükümler gösterilebilir. Hâkim, bu gibi kavramların içeriğini belli ederken, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerden ve o hükümlerde yer alan değerlendirmelerden de yararlanır ve bu yoldan, onların, söz konusu kavramlar aracılığı ile (şu halde, dolaylı biçimde) Özel Hukukta uygulanmalarını sağlar”. **Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm : Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, C. I, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul 2014, s. 501-502.

kişilerin, özel ellerde bir kamusal alana erişimi söz konusu olduğunda devletinkine benzer bir temel hak yükümlülüğüne sahip olduğu noktaya ulaşmıştır. Başka bir ifadeyle kamusal alanlarda özel kişilerin temel haklara devlet benzeri (yani doğrudan) bağlılığı ifade edilmiştir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi 2011 tarihli Fraport kararıyla³⁹⁰, bu etkiyi oldukça genişletmiştir. Mahkemeye göre, özel kişilerin temel haklara bağlılığı, özellikle “özel şirketler kamusal iletişim için çerçeve koşulların sağlanmasını kendileri üstlenir ve böylece posta ve telekomünikasyon hizmetlerinin sağlanması gibi daha önce kamu yararına bir görev olarak devlete verilen işlevlere girerlerse”, yoğunluk açısından devletin temel haklara bağlılığına yaklaşabilir veya eşit olabilir³⁹¹. Dolayısıyla Mahkeme, devlet işlevlerini üstlenen özel kişiler için devlet benzeri bir temel hak yükümlülüğü yaratmıştır³⁹². Son olarak Mahkeme, Stadionverbot (Stadyum yasağı)³⁹³ kararı ile özel kişiler arasındaki ilişkilere yönelik geniş kapsamlı eşitlik standartları çıkarmıştır. Mahkemeye göre, özel kişilerin kamusal etkinliklere ve özel alanlara erişiminin engellenmesi, bu erişim toplumsal hayata katılım için önemli olduğu ölçüde, bunu haklı kılacak kısıtlamalarla sonuçlanmalıdır. Başka bir ifadeyle mahkemeye göre, sosyal hayata katılımın engellenmesi durumunda özel kişiler, bunun için gerekçelendirme/haklı kılma yükümlülüğü altındadır³⁹⁴.

d. Koruma Görevi Teorisi

Bu öğretiyi savunanlar tarafından, temel hakların özel hukuk üzerindeki yayılma etkisi sorunu ve bu etkinin dogmatik temellerinin sağlam bir şekilde nasıl oluşturulabileceği sorusu temel hakların korucu işlevi ile ortaya konmaya çalışılmıştır. Buna göre, temel hakların asıl işlevinin, devlet otoritesinin vatandaşın hukuki alanına müdahalesine karşı koruma sağlamak olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Öte yandan, temel hakların devletin objektif değer düzenini somutlaştırdığı da genel olarak kabul edilmektedir³⁹⁵. Temel hakların bu objektif hukuki içeriği, devletin özel bir koruma yükümlülüğüne yol açmaktadır³⁹⁶. Bu bağlamda,

³⁹⁰ BVerfGE 128, 226.

³⁹¹ BVerfGE 128, 226, 249.

³⁹² **Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen**, GG Art. 1 Abs. 3, Kn. 66; **Möllers**, Methodenlehre, § 11, Kn. 16a

³⁹³ BVerfGE 148, 267, 283.

³⁹⁴ **Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen**, GG Art. 1 Abs. 3, Kn. 67. Bu karara yönelik eleştirel yönde bkz. **Möllers**, Methodenlehre, § 11, Kn. 16b.

³⁹⁵ **Hesse, Konrad**, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999, Kn. 290.

³⁹⁶ **Canaris, Claus-Wilhelm**, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), s. 201 vd.; **Klein, Eckart**, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, s. 1636 vd.

devlet, bireyin temel haklarını sadece kamu gücünü kullananların haksız müdahalelerine karşı değil, ayrıca diğer bireylerin haksız müdahalelerine karşı da korumakla yükümlüdür³⁹⁷.

Alman hukukunda ağırlıklı olarak savunulan bu görüşe göre, özetle, özel hukuk ilişkilerinde üçüncü kişilerin tehditlerine karşı temel hakların özünün korunması ve dikkate alınması, temel hakları koruma yükümlülüğü/görevi boyutuna girer³⁹⁸. Temel haklar, koruma görevlerinin yerine getirilmesinde özel hukuk ilişkilerinde etkili olmaktadır. Bu (koruma görevi) öncelikle yasama organının, kanunun uygulanmasında yürütmenin ve yargının sorumluluğundadır. Yasama organının hareket etmediği veya yetersiz kaldığı durumlarda, kanunun Anayasa Mahkemesine sunulması (yani somut norm denetimi) olmadıkça, hâkim özel hukuk hükümlerini anayasaya uygun olarak yorumlayarak koruma görevini yerine getirmelidir³⁹⁹. Bu, mahkemelerin özel hukuk normlarının yorumlanması ve uygulanmasında temel hak kararları kapsamlı bir şekilde dikkate alma yükümlülüğünden (dolaylı yatay etkiden) farklıdır. Koruma görevinin yerine getirilmesinde, mahkemeler (aynı zamanda) ilgili normları yorumlamak suretiyle koruma ödevinin koruduğu hukuki menfaatlere etki etmekle de yükümlüdür. Koruma görevine uygun yorum, basit hukukun anayasaya uygun olarak yorumlanması gerekliliğinin bir sonucudur⁴⁰⁰. Bu, özellikle sosyal ve ekonomik dengesizlikleri gidermeye yönelik temel haklara dayalı yükümlülükler için geçerlidir⁴⁰¹.

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin temel hakların koruyucu işlevine atıfta bulunduğu çok sayıda kararı mevcuttur⁴⁰². Bu bağlamda Mahkemeye göre, demokratik olarak meşrulaştırılmış kanun koyucu özel hukuku yapılandırırken şekillendirme yetkisine sahiptir, ancak temel hakların gereklilikleri ve bireysel özerkliğin güvence altına alınmasıyla da bağlıdır. Yani kanun koyucu özel hukuku şekillendirirken, sadece hukuki ilişkilerin sözleşme özgürlüğüne dayalı olarak düzenlenmesine ilişkin savunma ilkesini değil, aynı zamanda bireysel özerkliğe ve sosyal hukuk devleti ilkesine dayanan çelişkili heteronomiye (yani

³⁹⁷ **Belling, Detlev W.**, Die Verantwortung des Staats für die Normsetzung durch die Tarifpartner zur Grundrechtstreue und Legalitätskontrolle von Tarifnormen, ZfA 1999, s. 573.

³⁹⁸ **Canaris**, 1984, s. 201 vd., 213, 227; **Canaris**, 1999, s. 16 vd.

³⁹⁹ **Muckel, Stefan**, Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft – Folgen für Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, in: Öffentliches Recht und Privatrecht, VVDStRL 79 (2020), s. 274; **Belling**, s. 573; **Ganner, Michael**, Selbstbestimmung im Alter, Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland, Wien 2005, s. 50; **Kulick**, s. 2.

⁴⁰⁰ **Dürig/Herzog/Scholz/Langengeld**, GG Art. 3 Abs. 3, Kn. 82.

⁴⁰¹ BVerfGE 81, 242, 255.

⁴⁰² BVerfGE 39, 1, 42; BVerfGE 81, 242, 253 vd.; BVerfGE 89, 214, 229 vd.

özerkliğin tam tersi olarak, kendi dışına bir otoriteye zorunlu olarak tabi olmasına) karşı koruma ilkesini de dikkate almalıdır. Bu durumun hiç dikkate alınmaması veya uygun olmayan araçlarla çözülmeye çalışılması durumunda, mahkemeler mümkün olduğunca gerekli düzeltmeleri yapmalıdır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, sözleşme özgürlüğüne saygı duymakla ve sözleşme tarafları arasında bir dengesizlik her ortaya çıktığında sözleşmenin içeriği sorgulamamakla birlikte, sözleşmenin taraflarından birinin yapısal olarak daha düşük seviyede olması ve sözleşmenin sonuçlarının bu taraf için alışılmadık derecede külfetli olması halinde düzeltmelerin anayasal olarak gerekli olduğuna inanmaktadır^{403/404}.

Anayasa Mahkemesi de, önceleri, “yargılamalarda özel kişilerin çatışan hakları arasında tercih yaparken mahkemelerce anayasal yorumla temel hakların korunması gerekmektedir” diyerek daha ziyade devletin koruma yükümlülüğü işlevi ile birleşik bir şekilde dolaylı yatay

⁴⁰³ **Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio**, GG Art. 2 Abs. 1, Kn. 108; **Möllers**, Methodenlehre, § 11, Kn. 59. Sözleşme özgürlüğü artık 1900’lü yıllardaki anlayışında olduğu gibi herhangi bir ön koşula bağlı olmayan biçimsel bir özgürlük değil, keyfiliğe ve kötüye kullanıma karşı korunan, adil bir çıkar dengesi sağlamayı amaçlayan karşılıklı kendi kaderini tayin etme anlamında maddi özgürlük anlamına gelmektedir (**Säcker, Franz Jürgen**, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 9. Aufl., München 2021, Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), BGB Einleitung, Kn. 65).

⁴⁰⁴ “...Federal Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik içtihadına göre bireylerin hukuki ilişkilerini kendi iradeleri doğrultusunda şekillendirmesi genel eylem özgürlüğünün bir parçasıdır. Anayasa m. 2, bireyin hukuk hayatında kendi kaderini tayin etmesi olarak bireysel özerkliği garanti eder... Sözleşme tarafları kendi içinde kabul edilebilir bir kural üzerinde anlaşmışlarsa, içeriğin ayrıca incelenmesi genellikle gereksiz olacaktır. Ancak, sözleşmenin içeriği bir taraf için olağandışı derecede külfetli ve menfaatler dengesi açısından açıkça uygunsuz ise, mahkemeler “sözleşme sözleşmedir” tespitiyle yetinmemelidirler. Bunun yerine, düzenlemenin yapısal olarak eşit olmayan pazarlık gücünün bir sonucu olup olmadığını açıklığa kavuşturmalı ve gerekirse yürürlükteki özel hukukun genel hükümleri çerçevesinde düzeltici müdahalede bulunmalıdır. Mahkemelerin bu hususta nasıl hareket etmeleri ve hangi sonuca ulaşmaları gerektiği, öncelikle anayasanın geniş bir hareket alanı bıraktığı basit hukukun bir meselesidir. Ancak, bozulan sözleşmesel eşitlik (bozulmuş bir sözleşme paritesi/ *gestörter Vertragsparität*) sorunu tamamen göz ardı edilirse veya uygun olmayan araçlarla çözülmeye çalışılırsa, bireysel özerklik temel hak garantisinin ihlali söz konusu olur...”. BVerfGE 89, 214, 231 vd.

etki yönünde karar vermiştir⁴⁰⁵. Daha sonraları Mahkeme, taraflar arasında çatışan hakların bulunması durumunda ölçülülük ilkesine göre hareket edilmesi yönünde kararlar vermiştir⁴⁰⁶.

Öğretideki bir görüşe göre, temel hak normlarının etkilerinin genişletilmesine ilişkin tartışma şu anda esasen sadece bir formülasyon sorunudur. Yatay etki öğretisinin pratik sonuçları, mahkemeler, doğrudan yatay etkiyi savunanlar, genel hükümler yoluyla dolaylı bir yatay etki tanıyan yazarlar ve koruma görevine dayananlar tarafından benimsenmiştir⁴⁰⁷. Esasında farklı görüşler arasında artık önemli bir fark kalmamıştır⁴⁰⁸.

3. Anayasanın, Anayasaya Uygun Yorum Yoluyla Uygulanması

a. Anayasaya Uygun Yorum Ödevi

Daha önce ifade edildiği üzere, hâkim önüne gelen bir uyuşmazlıkta, birincil olarak ilgili kanun hükmünü uygulamalıdır. Ancak, hâkimler sadece kanuna değil, aynı zamanda anayasaya (AY m. 11/1 ve m. 138/1) da bağlıdır. Bu durum, kaçınılmaz olarak anayasaya uygun yorum zorunluluğunu doğurmaktadır⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ AYM- *Türkiye Emekliler Derneği*, 17/7/2014 T., B. No: 2012/1035, § 36, §39: “Bunun yanında AİHM, yukarıdaki kararlardan daha öteye giderek ulusal makamların iç hukuku ve olayları yorumunun açık biçimde Sözleşme değerleriyle uyumsuz ve keyfi olmaması gerektiğini, ulusal mahkemelerin de iç hukuku yorumlarken AİHM’nin yorumladığı şekliyle Sözleşmeye en uygun yorumu tercih etmeleri gerektiğini vurgulamaktadır (*Pla ve Puncernau/Andora*, B. No: 69498/01, 13/7/2004, §46,059,062)... Bireylerin Anayasa ve Sözleşmenin ortak koruma alanında bulunan temel haklara özel hukuk kişileri tarafından yapılan müdahaleler sonucu bireylerin haklarının zarar gördüğü kimi durumlarda devlete atfedilebilecek sorumluluklar bulunabilir. Devletin bu tür haksız müdahalelere karşı bireylerin mülkiyet hakkının korunması için etkili iç hukuk yolları ihdas ederek yapılan müdahalelere karşı özellikle mahkemelere başvurmak suretiyle koruma talep edebilmelerini sağlaması ve yapılacak yargılamalarda özel kişilerin çatışan hakları arasında tercih yaparken mahkemelerce anayasal yorumla temel hakların korunması gerekmektedir. Böylelikle Devlet, etkili bir iç hukuk yolu ihdas ederek adalet ve hakkaniyete uygun bir yargılama ortamı oluşturup üzerine düşen görevi yerine getirmiş olacaktır”. Bu karara ilişkin eleştirel yönde bkz. **Boyar**, *Anayasa*, s. 170.

⁴⁰⁶ AYM- *Ömür Kara ve Onursal Özbek*, 24/3/2016 T., B. No: 2013/4825, § 50: “Bu doğrultuda, özel hukuk iş ilişkisi kapsamında çalışan bireylerin Anayasa ile güvence altına alınan haklarına yönelik müdahale iddiası içeren uyuşmazlıklarının karara bağlandığı davalarda derece mahkemelerince söz konusu güvenceler göz ardı edilmemeli, işveren ve çalışanlar arasındaki çatışan çıkarlar adil biçimde dengelenmeli, başvurularda tahsis edilmiş kurumsal e-posta hesaplarının incelenmesi şeklindeki müdahalenin işverenin meşru amacıyla ölçülü olup olmadığı değerlendirilmeli ve ulaşılan sonuç hakkında hüküm kurulurken ilgili ve yeterli gerekçeler sunulmalıdır.”. Aynı yönde bkz. AYM- *İdil Alakuş Dere*, 11.1.2023 T., B. No: 2019/38252, § 14. Ayrıca bkz. AYM- *İlhan Cihaner (5)*, 8/9/2015 T., B. No: 2013/9285, § 46.

⁴⁰⁷ **MüKoBGB- Säcker**, BGB Einleitung, Kn. 69.

⁴⁰⁸ **Flume, Werner**, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2: Das Rechtsgeschäft, Lehrbuch, 4. Aufl. Berlin 1992, § 110b, 21; **MüKoBGB- Säcker**, BGB Einleitung, Kn. 70.

⁴⁰⁹ **SHK ZGB - Hausheer/Jaun**, Art. 1, Kn. 171. AYM- *Mürvet Orhan ve Osman Orhan*, 21/3/2019 T., B. No: 2016/67616, § 47: “Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği mevzuatın yorumlanması ve uygulanması derece mahkemelerinin görevi olmakla birlikte bu yorum ve uygulamaların etkilerinin Anayasa ve

Öte yandan devletin normlar sisteminin hiyerarşik yapısından⁴¹⁰ hareketle, biçimsel olarak daha alt düzeylerdeki tüm normlar, mümkün olduğunca daha üst düzeylerdeki normlarla çelişmeyecek şekilde yorumlanmalıdır. Anayasanın üstünlüğü ve hukuk sisteminin birliği (çelişkili değerlendirmelerden kaçınılması gerekliliği) sebebiyle kanunlar (ve kanunun altında yer alan diğer hukuk kuralları), anayasaya uygun olarak yorumlanmalıdır (AY m. 11 ve m. 138/1). Bu bağlamda, anayasal kural ve ilkelerin, kanunun (ve kararname, tüzük, yönetmelik, özel hukuk işlemleri gibi anayasanın altındaki diğer kurallarının) içeriği ve anlamının değerlendirilmesi bakımından yol gösterici ve belirleyici standartlar sağladığı kabul edilir⁴¹¹. Bu nedenle de, tüm hukuk normları, yorumlanırken anayasal kararlara doğru yönlendirilmelidir^{412/413}. Bundan, hangi yorumun tercih edileceğine karar verilmesi söz konusu olduğunda, yorumsal öncelik kuralı (*interpretatorische Vorrangregel*) olarak anayasaya uygun yorum buyruğunun belirleyici olduğu sonucu çıkar^{414/415}.

Sözleşme'nin ortak koruma alanında bulunan hak ve yükümlülüklerle bağdaşp bağdaşmadığının Anayasa Mahkemesince incelenebileceği tabiidir..”.

⁴¹⁰ **Kelsen**, s. 228 vd.

⁴¹¹ **Bydlinski**, Methodenlehre, s. 456-457; **Kramer**, Methodenlehre, s. 116; **Engisch**, Einführung, s. 124; **Seçkin**, Yorum, s. 124, 145, 146, 147; **Atar**, Anayasanın Bağlayıcılığı, s. 202, 204. *Bydlinski*'ye göre, bu husus hukuka uygunluk varsayımını ortaya çıkarır ve anayasaya uygun yorum, sistematik-teleolojik (amaçsal) yorumun bir varyasyonudur (**Bydlinski**, Methodenlehre, s. 456). Bununla beraber, öğretide anayasaya uygun yorum, sistematik veya objektif-amaçsal yorum çerçevesinde de ele alınmaktadır. Bu hususta detaylı olarak bkz. **Götz, Andreas**, Die verfassungskonforme Auslegung – zugleich ein Beitrag zu ihrer Stellung im System der juristischen Methodenlehre, StudZR 2010/1, s. 32, 33, 36, 38, 39.

⁴¹² **Kramer**, Methodenlehre, s. 117; **Zippelius**, s. 45; **SHK ZGB - Hausheer/Jaun**, Art. 1, Kn. 171.

⁴¹³ İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında şu ifadelere yer vermektedir: “..Anayasa, tüm devlet hukukunun kendisinden türetildiği temel hukuki düzendir. Bu, tüm yasal hükümleri yorumlarken anayasanın üstün değerleriyle uyumlu hale getirme isteğine karşılık gelir. Dolayısıyla anayasaya uygun yorum, devletin tüm hukuk normları arasında var olan içsel bağlantıyı vurgular...” BGE 116 Ia 359, 369.

⁴¹⁴ **Canaris, Claus-Wilhelm**, Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: FS Festschrift Kramer, Basel 2004, s. 143 vd.; **Kramer**, Methodenlehre, s. 117-118; **Möllers**, Methodenlehre, § 11, Kn. 51; **SHK ZGB - Hausheer/Jaun**, Art. 1, Kn. 171; **ZK ZGB-Dürr**, Art. 1-B-V, Kn. 220; **Kaneti**, s. 21. Olağan yorum kriterleri sadece yasal metnin anlamını belirlemeye hizmet ederken, anayasaya uygun yorum, kanunun korunması ve dolayısıyla yasal bir boşluktan kaçınılarak hukuki güvenliğin güçlendirilmesi gibi niteliksel olarak daha yüksek dereceli başka hedefleri takip eder (**Canaris**, Die verfassungskonforme, s. 148 vd.). Karş. **Götz**, s. 43.

⁴¹⁵ Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda (AYM, 31/3/1987 T., 1986/24 E., 1987/8 K.); “...bir yasa hükmünün değişik yorumlara açık bulunması halinde Anayasa’yla bağdaşan ihtimale öncelik tanıma Anayasa’ya uygunluk denetiminde yerleşik bir yorum yöntemidir...” diyerek bu hususu belirtmiştir. Yine Yargıtay’ da (Yargıtay İBGK, 28/06/1976 T., 1976/6 E., 1976/4 K.): “...Mahkemeler ise yasaların uygulanmasında. Anayasaya uygun yorum yapmak zorunda olup Anayasaya aykırı düşen bir yorumu benimseyemezler...” demek suretiyle bunu açıkça vurgulamıştır.

b. Anayasaya Uygun Yorum Türleri

Anayasa argümanı, anayasaya uygun yorumda, genellikle, üç farklı şekilde kullanılmaktadır. Bunlar, dar anlamda anayasaya uygun yorum, anayasaya uygun düzeltme (anayasaya uygun hukukun geliştirilmesi) ve anayasa odaklı yorumdur⁴¹⁶.

aa. Dar Anlamda Anayasaya Uygun Yorum

Dar anlamda anayasaya uygun yorum, yorum araçlarına göre belirlenen birden fazla sonuçtan bazılarının anayasaya aykırı olduğu ve bu nedenle dikkate alınmadığı bir yorum durumudur. Bir kanunun, yorum kuralları tarafından geliştirilen olası yorumları yelpazesinde, uygulanması anayasaya uygun varyantlarla sınırlandırılmalıdır. Dolayısıyla, anayasa aykırı bir yorum sonucunun seçilmesi yasaktır ve bu bağlamda anayasa uygun yorum, bir filtreleme işlevi üstlenir⁴¹⁷. Anayasa Mahkemesine göre, mahkemeler, önlerindeki uyuşmazlığa uygulayacakları mevzuat hükümlerini anayasal ilke ve güvenceleri gözeterek yorumlama mecburiyeti altındadır. Bir mevzuat hükmünün birden farklı biçimde yorumlanmasının mümkün olduğu hallerde anayasaya aykırı olan yorumun benimsenmesinden kaçınılması anayasanın üstünlüğü ilkesinin bir gereğidir. Başka bir deyişle, anayasaya uygun yorum ilkesi hâkimin hukuk kurallarını yorumlama serbestisinin sınırını oluşturur⁴¹⁸. İsviçre Federal Mahkemesine göre, genel yorum kuralına göre, şüphe durumunda, bir hükmün anayasa çerçevesinde kalacak şekilde yorumlanması gerekir⁴¹⁹. Alman Federal Anayasa Mahkemesine göre de, bir kanun, anayasaya uygun bir şekilde yorumlanabiliyorsa ve kanun bu yorumda anlamlı kalıyorsa, anayasaya aykırı değildir⁴²⁰.

Bir normun anayasaya aykırılığı ve hükümsüzlüğü *ultima ratio*, yani son çaredir. Bu bağlamda anayasaya uygun yorum, hükümsüzlüğe tercih edilir⁴²¹. Bu şekilde, bir kanunun korunması sağlanır, yasama organının yetkisine en üst düzeyde saygı gösterilmiş olur ve kanunun iptalinin yol açacağı yasal boşluktan kaçınılarak hukuki güvenliğin korunması da

⁴¹⁶ **Canaris**, Die verfassungskonforme, s. 154; **Möllers**, Methodenlehre, § 11, Kn. 37; **BK ZGB - Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 261.

⁴¹⁷ **Möllers**, Methodenlehre, § 11, Kn. 47; **BK ZGB - Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 262; **Seçkin**, Yorum, s. 145 vd.; **Götz**, s. 22, 24.

⁴¹⁸ AYM- *Arif Hüseyinli ve Diğerleri*, 28/6/2022 T., B. No: 2019/39033, § 57.

⁴¹⁹ BGE 34 I 519, 528 (E. 2).

⁴²⁰ BVerfGE 2, 266, 282.

⁴²¹ **Möllers**, Methodenlehre, § 11, Kn. 36.

güçlendirilmiş olur⁴²². Bu yorum kuralı, anayasanın önceliği⁴²³ ve kanun koyucunun kendi kanunun da anayasaya uygun olmasını istediği varsayımıyla da haklı gösterilebilir. Ancak, kanunların sadece yasama organı onları yasalaştırdığı için anayasaya uygun oldukları şeklindeki daha geniş kapsamlı varsayım/karine⁴²⁴ reddedilmelidir, çünkü bu, temel hak ihlallerinin meşrulaştırılmasına kapı aralar⁴²⁵.

bb. Anayasaya Uygun Düzeltme (Anayasaya Uygun Hukukun Geliştirilmesi)

Anayasaya uygun düzeltme (*verfassungskonforme Korrektur*), anayasaya uygun yorumun, lafız sınırını aşarak anayasaya uygun uygulamayı sağladığı varyantı olarak anlaşılabilir. Anayasaya uygun düzeltme işleminde, kanunun kelime anlamı anayasal kararların gerçekleştirilmesi için aşılmaktadır. Bu tür düzeltme, kural olarak, kanunun harfî harfine uygulanmasının (kelimelere sıkı sıkıya bağlı kalınarak kanunun uygulanmasının), anayasa ile uyumlu bir sonuç üretmediği durumlarda söz konusu olur. Bu nedenle anayasaya uygun hukukun geliştirilmesi (*verfassungskonforme Rechtsfortbildung*) olarak da adlandırılır^{426/427}.

İsviçre Federal Mahkemesi, bazı kararlarında, metnin kendisinin, federal yasalar söz konusu olduğunda dahi, anayasal düzeltmeye bir sınır teşkil edemeyeceğini belirtmektedir⁴²⁸.

⁴²² **Canaris**, Die verfassungskonforme, s. 148 vd.; **Möllers**, Methodenlehre, § 11, Kn. 35; **Götz**, s. 26-27; **Rüthers/Fischer/Birk**, Kn. 763.

⁴²³ **Kelsen**, s. 228 vd.; **Bydlinski**, Methodenlehre, s. 456; **Kramer**, Methodenlehre, s. 116.

⁴²⁴ Bu yönde bkz. BVerfGE 2, 266, 282.

⁴²⁵ **BK ZGB - Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 262; **Möllers**, Methodenlehre, § 11, Kn. 35; **Götz**, s. 24-25.

⁴²⁶ **Larenz**, Methodenlehre, s. 340; **Canaris**, Die verfassungskonforme, s. 154-155; **BK ZGB - Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 261, 264; **Möllers**, Methodenlehre, § 11, Kn. 47.

⁴²⁷ BGE 131 II 217, 221 (E. 2.3): “..İçtihat hukukuna göre, yorum, ancak hükmün gerçek anlamını yansıtmadığına inanmak için geçerli nedenler varsa, yasal bir hükmün açık ifadesinden sapabilir. Bu geçerli sebepler yasama tarihinden, hükmün anlam ve amacından ve diğer yasal hükümlerin bağlamından kaynaklanabilir. Bu nedenle belirleyici olan, bir hükmün yüzeysel olarak açık olan lafzı değil, kabul edilmiş yorum kurallarına göre belirlenecek olan gerçek hukuki anlamıdır. Federal yasalar da lafzın aksine yorumlanmaya açıktır. Federal Anayasa’nın 191. maddesi buna sadece, bir hükmü Anayasa’nın çerçevesine yerleştirmek için hükmün açık lafzından ve anlam ve amacından sapmayı yasakladığı ölçüde sınır koyar. Bununla birlikte, açık olsa bile, ifade tek başına bir engel teşkil etmez. Bir hükmün gerçek hukuki anlamını - ratio legis - yansıtmadığına inanmak için inandırıcı sebepler varsa, özellikle de gerçek hukuki anlamın anayasaya uygun olduğu görülüyorsa, lafzın aksine, bu anlamdan sapmaya ve hükmü buna göre yorumlamaya izin verilebilir..”

⁴²⁸ Örneğin, hukuki dinlenilme hakkını korumak için, İcra ve İflas Kanunu m. 84’de düzenlenen beş günlük süreyi Federal Mahkeme görmezden gelmiştir. Mahkeme, “norma uyulması, tarafların hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmesine yol açabilecekse, norm sadece bir düzenleyici hüküm olarak geri çekilmelidir” demiştir. BGE 104 Ia 465, 468 (E. 3). Bu durum öğretide, anayasa argümanı kullanılarak hukukun geliştirilmesi örnekleri arasında belirtilmektedir (**BK ZGB - Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 268).

İsviçre Federal Mahkemesi eski kararlarında, kanunun açık ifadesinin veya anlamının (*klare Wortlaut oder Sinn*) anayasaya uygun bir yorumla çeliştiği durumda, geri çekilmekte ve bunu anayasaya uygun yorumun sınırı olarak kabul etmekteydi⁴²⁹. Daha sonraları ise sadece kanunun açık lafzına ve anlamına (*klare Wortlaut und Sinn*) aykırı bir durum anayasaya uygun düzeltmenin dışında bırakılma sebebi olarak kabul edilmiştir⁴³⁰. Kriterdeki bu küçük dilsel değişiklik, kelime sınırlarını aşmada ve böylece mahkemelerin kontrol yetkisinde büyük bir değişikliğe yol açmıştır⁴³¹. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin “veya” formülünden “ve” formülüne geçişi tarihsel olarak daha eskilere dayanmaktadır. Alman Federal Anayasaya Mahkemesine göre de, her anayasaya uygun yorum, metinle ve kanun koyucunun açıkça ifade edilen iradesiyle çeliştiği noktada sınırını bulur⁴³². Bu durumda, yani, yorum araçlarına göre belirlenen sonuç anayasaya aykırıysa ve anayasaya uygun bir yorum sonucu mümkün değilse, kanun anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilir⁴³³. Bir kanunun anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi hususunda münhasıran anayasaya mahkemesinin yetkili olması nedeniyle, hâkimin somut norm denetimine başvurma yetkisi ve ödevi vardır (AY m. 152).

cc. Anayasa Odaklı Yorum

Anayasa odaklı yorumda (*verfassungsorientierte Auslegung*), hâlâ anayasayla uyumlu olan birden fazla anlam arasından, başta temel haklar olmak üzere, anayasal değerlerin daha güçlü gerçekleşmesini (optimizasyonunu) sağlayan tercih edilir. Bu nedenle, mesele sadece bir anayasaya aykırılıktan kaçınmak değil, aynı zamanda anayasal kuralların tüm hukuk sisteminde mümkün olduğunca kapsamlı bir şekilde uygulanmasıdır⁴³⁴. Anayasa odaklı yorumda, mümkün olduğunca çok sayıda anayasal değer ve bireysel anayasa değerlerin, mümkün olan en üst

⁴²⁹ BGE 99 Ia 630, 636 (E. 7); BGE 106 Ia 33, 34 (E. 2): “Medeni Kanun’un yukarıda belirtilen hükümleri, bu nedenle, bu hükümlerin lafzı veya anlamı ve amacı buna aykırı olmadıkça, Anayasa’ya uygun olarak yorumlanmalıdır”.

⁴³⁰ BGE 111 Ia 292, 297 (E. 3b): “...Bir hükmün anayasaya çerçevesine yerleştirmek için yapılacak yorum, hükmün açık ifadesinden ve anlamından ve amacından sapmayı yasakladığı ölçüde sınırlandırılır”. BGE 123 II 9, 11 (E. 2): “...Bununla birlikte, anayasaya uygun yorum - anayasaya aykırı bulunsu bile - sınırlarını bir kanuni hükmün açık ifadesinde ve anlamında bulmaktadır...”.

⁴³¹ **BK ZGB - Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 269; **ZK ZGB- Dürr**, Art. 1-B-V, Kn. 223. BGE 111 Ia 292, 297 (E. 3b): “...Lafız, açık da olsa, tek başına bir (anayasaya uygun düzeltmeye) engel değildir...”.

⁴³² BVerfGE 18, 97, 111; BVerfGE 110, 226, 267.

⁴³³ **Larenz**, Methodenlehre, s. 345 vd.; **Möllers**, Methodenlehre, § 11, Kn. 47; **Götz**, s. 27.

⁴³⁴ **Canaris**, Die verfassungskonforme, s. 154; **BK ZGB - Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 261, 276. Hemen belirtelim ki, bu hususta terminoloji çok tutarsızdır, çünkü anayasa odaklı yorum bazen daha geniş bir şekilde, yani en geniş anlamda anayasal uygunluk için genel bir kavram olarak veya daha dar bir şekilde, yani somut norm kontrolleriyle sınırlı olarak anlaşılmaktadır. **Möllers**, Methodenlehre, § 11, Kn. 38; **BK ZGB - Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 276.

düzeyde gerçekleştirilmesi amaçlanır. Başka bir deyişle bu, normun yalnızca anayasaya karşılık gelmediği, aynı zamanda ona daha iyi karşılık geldiği bir yorum tarzıdır⁴³⁵. Anayasa odaklı yorumun çıkış noktasını oluşturan derecelendirme, esasen ölçülülük ilkesinin doğasında vardır⁴³⁶. Bu ilkenin bir unsuru olan gereklilik standardı, eşit derecede etkili birkaç önlem/müdahale arasından temel hak sahibine en az zarar verenin seçilmesini gerektirir⁴³⁷. Anayasa odaklı yorum, belirsiz hukuk kavramları veya başka bir şekilde birden fazla anlam içeren yasal durumlarda daha fazla uygulama alanı bulur. Bu durumda hâkim, sadece anayasaya aykırı bir hukuk uygulamasından kaçınmak değil, aynı zamanda birden fazla anayasaya uygun yorum seçeneği arasından, anayasal hedefleri en iyi şekilde yansıtanı seçmekle görevlidir⁴³⁸.

dd. Ölçülülük İlkesine Uygun Yorum ve Uygulama

Yukarıda ifade edildiği üzere, anayasa odaklı yorum temelde ölçülülük ilkesine dayanmaktadır. Dolayısıyla anayasa odaklı yorum yapılması halinde, kural olarak, ölçülülük ilkesine de uygun yorum yapılmış olur. Ancak, ölçülülük ilkesine uygun yorum ve uygulama, anayasa odaklı yorumla her zaman aynı anlama gelmez ve daha geniş kapsama sahiptir. Öte taraftan ölçülülük ilkesine uygun yorum ve uygulama, hukukumuz bakımından aynı zamanda doğrudan anayasa hükmünün uygulanması (AY m. 13) anlamına da gelir.

Kanun (ve diğer hukuk kuralları) yorumlanırken anayasaya veya İHAS'a başvurmak bazı hallerde doğrudan çok az sonuç vermektedir. Bir uyuşmazlık durumunda karşı karşıya gelen taraflar, kendi bakış açılarına göre, düzenli olarak, belli bir temel hak iddiasında bulunabilirler. Başka bir deyişle, yorumlanacak normun daha iyi ya da daha kötü olması tek bir anayasal ve sözleşmesel hak meselesi değil, daha çok bunlar tarafından korunan hukuki menfaatler ve çıkarların çatışmasıdır. Bu durumda, mahkemelerin çatışan çıkarları birbirine karşı tartmaktan (*Abwägung*) ve mümkün olduğunca uygun ve adil bir çıkar dengesi

⁴³⁵ Yargıtay'da; "...Yasa kurallarının, birer bağlayıcı ve üstün hukuk kuralları olan anayasa hükümleriyle birlikte ve onlarla çelişmeyecek biçimde yorumlanması esastır. Bir yasa kuralı, değişik biçimlerde yorumlanabiliyorsa, bunlardan Anayasaya en uygun olanının benimsenip uygulanması gerekir..." ifadesiyle esasen anayasa odaklı yorum yapılması gerektiğini belirtmektedir (Yargıtay HGK, 26/01/2000 T., 1999/1052 E., 2000/10 K.; Yargıtay 3. HD., 11/6/2001 T., 2001/5113 E., 2001/5317 K.). İsviçre Federal Mahkemesi de anayasal ilkelere en uygun olan hukuk uygulamasının yapılmasını belirterek anayasa odaklı yorumu benimsediği yönünde bkz. **BK ZGB - Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 277, dp. 706'da belirtilen Federal Mahkeme kararı (BGE 104 IV 11, 13 (E. 1b)). Yine bu yönde Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. BVerfGE 8, 210, 221.

⁴³⁶ **BK ZGB - Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 277.

⁴³⁷ **Hubmann, Heinrich**, Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 155 (1956), s. 128; **Hesse**, Grundzüge, Kn. 318; AYM- *Cemal Taş ve Diğerleri*, 29/12/2020 T., B. No: 2016/3316, § 64.

⁴³⁸ **BK ZGB - Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 279; **Rüthers/Fischer/Birk**, Kn. 763.

oluşturmaktan başka seçeneği yoktur⁴³⁹. Bu denge, esasen ölçülülük ilkesi gözetilerek sağlanır^{440/441}. Genel olarak ölçülülük ilkesi, anayasa dahil tüm pozitif hukuk düzeninde ve hâkimin hukuku uygulamasında, yani kanunun somutlaştırılmasında, yorumunda, tamamlamasında, düzeltilmesinde ve hukuki sonucu tayinde, gözetilmesi gereken bir ilkedir⁴⁴².

Öte yandan iki hakkın çatışması veya temel bir hakkın sınırlandırılmasında, pratik uyum (*praktischen Konkordanz*)⁴⁴³ ve ölçülülük ilkesi (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*)⁴⁴⁴ Alman⁴⁴⁵ ve İsviçre⁴⁴⁶ uygulamasında yerleşik hale gelmiştir. Hukukumuzda da Anayasa Mahkemesi, açıkça zikretmese de pratik uyuma dikkat çekmektedir⁴⁴⁷ ve ölçülülük ilkesi zaten 2001

⁴³⁹ **Hubmann**, s. 126, 128. Somut olay bağlamında çıkarların tartımına başvurulması, tüm hukuki çıkarların ve değerlerin sabit bir sıralamasının olmaması ve bu bağlamda sonucun kendisinden okunabileceği bir tablonun bulunmadığı gerçeğinden kaynaklanmaktadır. Somut olayda çıkar çatışmalarının tartımı hususunda bkz. **Larenz**, Methodenlehre, s. 404 vd.

⁴⁴⁰ **Hubmann**, s. 126, 128; **Hesse**, Grundzüge, Kn. 318; **Canaris, Claus-Wilhelm**, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, s. 161 vd.; **Larenz**, Methodenlehre, s. 404 vd., 410; **Zippelius**, s. 45; **SHK ZGB- Hausheer/Jaun**, Art. 1, Kn. 179; **MüKoBGB- Säcker**, BGB Einleitung, Kn. 71; **Hager**, s. 383; **Ganner**, s. 50; **Antalya**, Anayasa s. 4 vd.; **Boyar**, Anayasa, s. 49, 192. Ölçülülük ilkesi için ayrıca bkz. **Yüksel, Metin**, Ölçülülük İlkesi - Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 2002, s. 19 vd., 187 vd.

⁴⁴¹ Anayasa Mahkemesi de verdiği kararlarda esasen bu hususu vurgulamaktadır. Bu yönde bkz. AYM- *İdil Alakış Dere*, 11/1/2023 T., B. No: 2019/38252, § 14: “Bu doğrultuda özel hukuk iş ilişkisi kapsamında çalışan bireylerin Anayasa ile güvence altına alınan haklarına yönelik müdahale iddiası içeren uyuşmazlıklarının karara bağlandığı davalarda derece mahkemelerince söz konusu güvenceler gözardı edilmemeli, işveren ve çalışanlar arasındaki çatışan çıkarlar adil biçimde dengelenmeli, müdahalenin işverenin meşru amacıyla ölçülü olup olmadığı değerlendirilmeli, ulaşılan sonuç hakkında hüküm kurulurken ilgili ve yeterli gerekçeler sunulmalıdır”. Aynı yönde bkz. AYM- *Ömür Kara Ve Onursal Özbek*, 24/3/2016 T., B. No: 2013/4825, § 50. Yine Yargıtay’a göre: “...Anayasa tarafından korumaya alınan “yaşama hakkı”, “haberleşme hürriyeti” ve “mülkiyet hakkı” gibi temel haklar arasında bir çatışma meydana gelmesi halinde bu durumun, yargılama makamları tarafından hassasiyetle değerlendirilmesi ve çatışan yararlar arasında öncelik düşüncesine dayalı bir denge kurulması gerekir...” Yargıtay HGK, 20/02/2013 T., 2012/575 E., 2013/249 K.

⁴⁴² **Larenz**, Methodenlehre, s. 412; **Antalya**, Anayasa, s. 4; **Boyar**, Anayasa, s. 92, 93, 192.

⁴⁴³ Bu ilke özetle şu şekildedir: anayasal olarak korunan hukuki çıkarlar, sorunların çözümünde her biri gerçeklik kazanacak şekilde birbirlerine bağlanmalıdır. Çatışmaların ortaya çıktığı durumlarda, aceleci bir “çıkartlar tartımı” ya da hatta soyut bir “değerler tartımı” ile biri diğerinin aleyhine gerçekleştirilmemelidir. Aksine, anayasanın birliği ilkesi bir optimizasyon görevi ortaya koyar; her iki çıkar için de sınırlar belirlenmelidir ki her ikisi de optimum etkinliğe ulaşabilsin. **Hesse**, Grundzüge, Kn. 72.

⁴⁴⁴ **Hesse**, Grundzüge, Kn. 318.

⁴⁴⁵ BVerfGE 129, 78, 101; BVerfGE 134, 204, 223; BVerfGE 145, 20, 67; BVerfGE 19, 342, 348; BVerfGE 17, 108, 117; BVerfGE 16, 194, 202.

⁴⁴⁶ BGE 139 I 16, 24 (E. 4.2.2); BGE 126 III 129, 149 (E. 8a); BGE 144 III 257.

⁴⁴⁷ AYM- *Tansel Çölaşan*, 7/7/2015 T., B. No: 2014/6128, § 49 : “Devletin, bireylerin maddi ve manevi varlığının korunması ile ilgili pozitif yükümlülükleri çerçevesinde şeref ve itibarın korunması hakkı ile diğer tarafın Anayasa’da güvence altına alınmış olan düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğünden yararlanma hakkı arasında adil bir denge kurması gerekir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Von Hannover/Almanya* (no.2) [BD], B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 99). Bu denge kurulurken Anayasanın 13. ve 26. maddeleri kapsamında demokratik toplum düzeninin gerekleri gözetilerek, sınırlama amacı ile aracı arasında ölçülü bir dengenin gözetilmesi ve hakkın özüne dokunulmaması gereklidir...”. Yine pratik uyum kapsamında değerlendirilebilecek: AYM- *Nuran Çıkar*, 13/9/2017 T., B. No: 2014/10761, § 40.

yılından itibaren pozitif bir anayasal ilke (AY m. 13) olarak da yerini almıştır. Bu bağlamda ölçülülük; elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç değerlendirme standardından oluşmaktadır. Elverişlilik, öngörülen müdahalenin (sınırlamanın) ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale (sınırlama) ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, orantılılık ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir⁴⁴⁸.

Örneğin basında yer alan bir haberde kullanılan ifadelerin kişilik hakkını zedelediği sebebiyle açılan bir tazminat davasında, basın özgürlüğü ile şeref ve itibarın korunması arasında yapılacak tartım ve kurulacak adil denge bakımından Anayasa Mahkemesine göre; a) ilgili haberin kamu yararına ilişkin bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı, b) hedef alınan kişinin konumu (siyasetçi, kamu görevlisi veya sıradan birey olup olmaması ve ünlülük derecesi gibi), c) ilgili haberin konusu, d) ilgili kişinin önceki davranışları, e) haberin içeriği, şekli ve sonuçları ve f) haberin yayımlanma şartları göz önünde bulundurulmalıdır⁴⁴⁹. Benzer şekilde, sosyal medyada paylaşılan ifadeler nedeniyle açılan bir tazminat davasında, ifade özgürlüğü ile kişilik hakkı (bu noktada şeref ve itibarı) arasında yapılacak tartımda; a) kullanılan ifadelerinin türü b) kamusal tartışmalara katkı sunma kapasitesi, c) ifadelere yönelik kısıtlamaların niteliği ve kapsamı, d) ifadelerin kimin tarafından dile getirildiği, kime yöneldiği ve e) kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığı değerlendirilmelidir⁴⁵⁰. Yine Anayasa Mahkemesine göre, iki özel kişinin mülkiyet hakkının çatıştığı durumlarda bunlardan hangisine üstünlük tanınacağıнын takdiri, kanun koyucuya ve -somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak- derece mahkemelerine aittir. Bununla beraber her iki tarafın menfaatlerinin mümkün olduğunca dengelenmesi ve sürecin taraflardan biri aleyhine ölçsüz bir netice doğuracak şekilde sonuçlandırılmaması gerekir. Yani, daha üstün değerde görülen bir hakkın teslimi için diğer taraf aleyhine sonuç doğuracak birtakım tasarruflarda bulunulması mümkün ve gerekli ise de bu durum, uyumsuzluğun diğer tarafının tamamen korumasız bırakılmasına neden olmamalıdır. Menfaatler dengesinin kurulmasında taraflardan biri aleyhine

⁴⁴⁸ Hubmann, s. 128; Hesse, Grundzüge, Kn. 318; Lorenz, Methodenlehre, s. 405 vd., 408, 410, 412; Yüksel, s. 207 vd; AYM- Cemal Taş ve Diğerleri, 29.12.2020 T., B. No: 2016/3316, § 64 ve orada belirtilen diğer Anayasa Mahkemesi kararları.

⁴⁴⁹ AYM- İlhan Cihaner (5), 8/9/2015 T., B. No: 2013/9285, § 46.

⁴⁵⁰ AYM- Özün Kanbay, 9/1/2018 T., B. No: 2014/5584, § 26.

ölçsüzlük yaratılması, pozitif yükümlülüklerin ihlali sonucunu doğurabilir. Menfaat dengesinin adil bir şekilde kurulup kurulmadığının değerlendirilmesinde somut olayın bütün koşulları ve taraflara tanınan tüm imkanlar ile tarafların tutum ve davranışları göz önünde bulundurulur⁴⁵¹. Yine Yargıtay da, örneğin bir iş sözleşmesinin feshinin geçerli olup olmadığına ilişkin yapılacak değerlendirmede ölçülülük ilkesinin gözetilmesi gerektiğini açıkça ifade etmektedir⁴⁵².

Larenz, incelediği bir dizi Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararlarından, çıkarların tartımına ilişkin şu ilkelere varılabileceğini belirtmektedir: öncelikle, anayasada yer alan “değerler düzenine” göre, söz konusu olan çıkarlardan birinin diğerine göre açık bir şekilde tercih edilip edilemeyeceğine bakılır. İnsan hayatının ve aynı şekilde insan onurunun diğer çıkarlardan, özellikle de maddi (ekonomik) çıkarlardan daha yüksek bir mertebeye sahip olduğu tereddütsüz söylenebilir. Yine Alman Federal Anayasa Mahkemesi, düşünce ve haber alma özgürlüğü haklarına, demokratik yönetim için “mutlak kurucu önemleri”⁴⁵³ nedeniyle diğer temel haklara göre açıkça bir değer önceliği vermektedir. Ancak çoğu durumda, ya aynı türden kişilik hakları gibi eşit derecedeki haklar ya da eşitsizliği soyut bir karşılaştırmayı engelleyen çıkarlar söz konusu olacaktır. Bu durum, bir bireyin özgürlük hakkı ile kamu sağlığı gibi ortak bir yarar ya da basın özgürlüğü ile devletin güvenlik çıkarları arasındaki çatışmada söz konusudur. Bu halde, korunan hukuki menfaatin ne ölçüde etkilendiğine, örneğin kamuoyunun bilgilendirilmesinde veya devletin bu gerçekleri gizli tutmasında ne ölçüde ciddi bir menfaatinin bulunduğu ve ayrıca menfaatlerden birinin veya diğerinin geri planda kalması durumunda uğrayacağı zararın derecesine bakılır. Son olarak, orantılılık, en az müdahaleci araç veya en az kısıtlayıcı araç ilkeleri geçerlidir. Bu ilkelere göre, bir çıkarın zarar görmesi, diğer çıkar veya öncelikli olduğu kabul edilen bir hukuki değer uğruna gerekli olandan veya en azından “savunulabilir” olandan daha ileri gidemez. Bu hususlar gözetildiğinde bile, hâkimin

⁴⁵¹ AYM- *Nuran Çıkar*, 13/9/2017 T., B. No: 2014/10761, § 40. Aynı yönde: AYM- *Kamil İnce*, 25/10/2017 T., B. No: 2014/1167, § 36.

⁴⁵² Yargıtay HGK, 19/2/2019 T., 2015/3237 E., 2019/160 K. : “...işveren, iş sözleşmesine aykırı davranışta bulunan işçiye yaptığı eylemle orantılı bir yaptırım uygulamalıdır. Yapılan eylemle orantılı olmayan ve ölçsüz olarak nitelendirilebilecek bir yaptırım mazur görülemez. Sonuç itibarıyla fesih de bir cezadır. Ölçülülük ilkesi uyarınca, uygulanacak önlem, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalı bir başka anlatımla tedbir uygun olmalı, ulaşılmak istenen amaç açısından gerekli olmalı ve uygulanacak tedbirin sonucu olan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç, ölçsüz bir oran içerisinde bulunmamalıdır. Bu ilke uyarınca yargıç feshin geçerli olup olmadığını kararlaştırırken, işçinin davranışının ağırlığını dikkate alarak, her olayın özelliğine göre işçinin davranışı ile işverence uygulanan fesih türü arasında bir orantısızlık (ölçsüzlük) olup olmadığını takdir edecektir...”.

⁴⁵³ BVerfGE 12, 125. Anayasa Mahkemesine göre de ifade ve basın özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir. Bkz. AYM- *Mehmet Doğan*, 7/6/2018 T., B. No: 2014/8875, § 40.

kendi değerlendirmesi için hâlâ bir hareket alanı vardır⁴⁵⁴. Bununla beraber, çıkarların tartılması, salt bir adalet duygusu meselesi veya rasyonel olarak anlaşılabilir hale getirilemeyen bir süreç değildir. Aksine, en azından belirli bir ölçüde, tanınabilir/verili ilkeleri takip eder ve bu nedenle de doğrulanabilir ve denetlenebilir bir süreçtir⁴⁵⁵.

c. Anayasaya Uygun Yorumun Sınırı

Anayasaya uygun yorumun tüm varyantları için, içerik olarak açıkça fark edilebilen/görülebilir kanunun amacı sınır olarak kabul edilir. Örneğin, anayasaya uygun düzeltme sırasında kanun koyucunun açıkça görülebilir bir düzenleme amacı anayasaya aykırı ise, hâkim bunun yerine kendi seçtiği daha iyi bir düzenleme amacını ikame edemez. Anayasa odaklı yorumda, yasama organı tarafından bilinçli olarak farklı bir yönlendirici karar alındığı durumda, hâkimin en iyi çözüme ilişkin kendi kanaatini bunun yerine ikame etmesine izin verilmez⁴⁵⁶. Ölçülülük ilkesinin uygulanmasında, kanun koyucu açıkça yaptığı düzenleme ile tarafların arasında çatışan çıkarları makul bir dengeye oturtmamışsa (orantısızlık varsa), hâkim bu açık düzenlemeyi göz ardı ederek makul dengeyi bizzat tesis edemez. “Kanunun açık lafzı ve anlamına” veya “kanunun açık sözüne ve özüne/ruhuna/amacına” ya da “hükümün lafzına ve kanun koyucunun açıkça görülebilir iradesine” aykırılık formülleri de esasen bunu ifade etmektedir⁴⁵⁷. Yasama organı tarafından açıkça istenenin anayasaya aykırı olması durumunda, hâkimin Anayasa Mahkemesine somut norm denetimi yoluyla başvurusu gerekir. Bu başvuru üzerine şayet Anayasa Mahkemesince süresi içerisinde karar verilmez veya ilgili düzenlemenin anayasa aykırı olmadığına yönelik karar verilirse, hâkim bu düzenlemeyi uygulamak zorundadır (AY m. 152/1, 3).

⁴⁵⁴ **Larenz**, Methodenlehre, s. 412.

⁴⁵⁵ **Larenz**, Methodenlehre, s. 413.

⁴⁵⁶ **Rüthers/Fischer/Birk**, Kn. 764; **BK ZGB - Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 280.

⁴⁵⁷ **Larenz**, Methodenlehre, s. 340; **Larenz, Karl/Canaris, Claus- Wilhelm**, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., München 1995, s. 161; **Hesse**, Grundzüge, Kn. 83; **Kramer**, Methodenlehre, s. 118-119; **Zippelius**, s. 50; **Götz**, s. 27; **BK ZGB - Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 280; **Kaneti**, s. 24; **Atar**, Anayasanın Bağlayıcılığı, s. 204; **Erzurumlu-Işık, Nurbanu**, Mahkeme İçtihatları Yoluyla Medenî Usûl Hukukunun İnşası, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2020, s. 61. BGE 111 Ia 292, 297 (E. 3b): “...Bir hükmün anayasaya çerçevesine yerleştirmek için yapılacak yorum, hükmün açık ifadesinden ve anlamından ve amacından sapmayı yasakladığı ölçüde sınırlandırır”. BGH NJW 2013, 2674; BVerfGE 118, 212; “Demokratik olarak meşrulaştırılmış yasama organına saygı, bir hükmün anlamını kaybetmeden anayasanın sınırları dahilinde mümkün olduğu ölçüde yorum yoluyla korunmasını gerektirir. Bununla birlikte, anayasaya uygun bir yorum olasılığı, kanunun lafzına ve kanun koyucunun açıkça görülebilir iradesine ters düştüğü noktada sona erer”.

4. Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu)

a. Genel Olarak

Hâkim, uygulanacak kanunu, anayasaya uygun yorum sınırları dahilinde anayasa ile uyumlaştıramıyorsa, başka bir deyişle, kanun hükmünün açık lafzı ve amacı anayasaya aykırı ise, Anayasa Mahkemesine başvurarak Anayasa Mahkemesinin kararını beklemelidir. Bu durum, somut norm denetimi veya itiraz yolu olarak ifade edilmektedir⁴⁵⁸. Bir davaya bakmakta olan hâkim (mahkeme), uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, bu husustaki gerekçeli kararını Anayasa Mahkemesine gönderir ve Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır (AY m. 152/1; Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (AYMK) m. 40/1). Bu şartların gerçekleşmesi halinde somut norm denetimi yoluna başvurmak, hâkim için her bir yetki hem de bir ödevdir⁴⁵⁹. Bunun ihmal edilmesi, bir kanun yolu sebebi olarak hukuka aykırılık teşkil eder.

Hemen belirtelim ki, hâkim somut norm denetimi yoluyla uygulanacak kanun hükmünün sadece esas bakımından anayasaya aykırılığını ileri sürebilir. Şekil bozukluğuna dayalı anayasaya aykırılıklar, hâkimler tarafından ileri sürülemez (AY m. 148/2; AYMK m. 36/4)⁴⁶⁰. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümleri bakımından hâkimin öncelikle aynı konuda bir kanun hükmünün mevcut olup olmadığını incelemesi gerekir. Şayet aynı konuda bir kanun hükmü söz konusu ise, hâkimin kanun hükümlerini uygulaması gerekir (AY m. 104/17). Hâkimin, aynı konuda düzenlenmiş kanun hükümleri yerine, farklı hükümler öngören Cumhurbaşkanlığı kararnamesini uygulaması, ilgili/uygulanacak hukuk kuralının tespitinde

⁴⁵⁸ **Kıratlı, Metin**, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu, Ankara 1966, s. 35 vd.; **Azrak, A. Ülkü**, Türk Anayasa Mahkemesi Anayasa Düzenindeki Yeri – Teşkilatı – Fonksiyonları”, İÜHFM, S. 3-4, 1962, 684 vd.; **Armağan, Servet**, Dâva Mahkemelerinde Anayasaya Aykırılık Defi ve Re’sen Sevk, İÜHFM, S. 2-4, 1966, s. 717 vd.; **Aybay, Rona**, Anayasa’nın 151. Maddesine Göre Taraflarca İleri Sürülen Anayasaya Aykırılık İddialarının ‘Ciddi’liği Sorunu, İÜHFM, S. 3-4, 1967, s. 155 vd.; **Kuru**, HMK El Kitabı, C. 2, s. 1903 vd.; **Özbudun, Ergun**, Türk Anayasa Hukuku, 20. Basım, Ankara 2020, s. 398 vd.; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 526 vd.; **Kaboğlu**, s. 416 vd.; **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 444 vd.; **Atar**, Anayasa, s. 341 vd.; **Eren**, Anayasa, s. 1106 vd.; **Bilgin, Çağlar**, Türk Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Yolu, TBBD, S. 3, 1988, s. 351 vd.; **Aydın, Mesut**, Mahkemelerde Taraflarca İleri Sürülen Anayasa’ya Aykırılık İddialarının Ciddiliği, AÜSBFD, S. 3, 2007, s. 25 vd.

⁴⁵⁹ Uygulanacak hukuk kuralının anayasaya aykırılığı meselesi, geniş anlamda hâkim hukuku re’sen uygular (iura novit curia) meselesidir. Buradaki özellik, bu aykırılığın başka bir mahkeme (Anayasa Mahkemesi) tarafından tespit edilip normun iptal edilmesidir. **Alangoya/Yıldırım/Deren -Yıldırım**, s. 228.

⁴⁶⁰ Bu hususta eleştirel yönde bkz. **Azrak, Ülkü**, Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği, AYD, C. 1, S. 1, 1984, s. 166 vd.

hata teşkil eder ve hukuka aykırıdır. Dolayısıyla, hâkim, ancak ilgili konuda bir kanun hükmü mevcut olmayıp, Cumhurbaşkanlığı kararnamesini hükümleri bulunuyorsa ve bunların esas açısından anayasa aykırılığı söz konusu ise, bunlara karşı somut norm denetimi yoluna başvurması gerekir. 2017 yılında yapılan anayasa değişikliği ile kanun hükmünde kararnamelerin yerini Cumhurbaşkanlığı kararnameleri almıştır. Bununla beraber, anayasa değişikliğinin yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler, yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini korur ve yürürlükte bulunan bu kanun hükmünde kararnamelere karşı da somut norm denetimi yoluna başvurulabilir (AY Geçici m. 21/F)⁴⁶¹.

Somut norm denetimi, dahası, bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığının tespiti, sadece tarafların menfaatine değil, kamu menfaatine ve kamu düzenine ilişkindir⁴⁶². Anayasa Mahkemesi de, "...mahkemeye tanınan bu yetkinin ereği, belli bir dâvada Anayasa'ya uygun bir hukukî durumun gerçekleşmesinin sağlanması ile yetinilmesi değil, belki belli bir dâva dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olan bir hükmün ayıklanması ve böylece bütün hukuk düzeni bakımından Anayasa'ya uygun bir durumun gerçekleştirilmesinin sağlanmasıdır..."⁴⁶³, "...Anayasaya aykırılık savlarının Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi yolunu açan 1982 Anayasası'nın 152. maddesiyle güdülen temel amacın, kişilerin haklarının korunması yanında, bu yolla, Anayasaya aykırı kuralların iptaline de olanak vermek suretiyle kamu düzeninin ve o düzenin temelini oluşturan Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesinin himayesi olduğunda duraksanamaz..."⁴⁶⁴ demek suretiyle bu durumu ifade etmiştir. Bu nedenle de, anayasaya aykırılık itirazı, hükmün kesinleşmesine kadar yargılamanın (ilk derecenin- istinafin- temyizinin) her aşamasında taraflarca ileri sürülebilir⁴⁶⁵. Ayrıca, hâkim de, şartlarının gerçekleşmesi halinde, her aşamada, re'sen somut norm denetimini yoluna başvurabilir ve başvurmalıdır.

b. Şartları

Somut norm denetimi yoluna başvurulabilmesi için; görülmekte olan bir dava bulunmalı, bu davaya bakan mercii mahkeme olmalı, itiraz edilen norm davada uygulanacak

⁴⁶¹ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 527; **Atar**, Anayasa, s. 341. Osmanlı Devleti döneminden kalan kanunlara eşit metinler ile 1924 Anayasası döneminden kalan yasama yorumlarının da somut norm denetimi yoluyla anayasaya aykırılıklarının ileri sürülebileceği yönünde bkz. **Atar**, Anayasa, s. 341.

⁴⁶² **Azrak**, Anayasa Mahkemesi, s. 692; **Armağan**, Anayasaya Aykırılık, s. 735-736.

⁴⁶³ AYM, 18/2/1967 T., 1966/31 E., 1967/45 K.

⁴⁶⁴ AYM, 8/12/1983 T., 1981/10 E., 1983/16 K.

⁴⁶⁵ **Kuru**, HMK El Kitabı, C. 2, s. 1908; **Armağan**, Anayasaya Aykırılık, s. 727; **Aydın**, s. 42.

olmalı ve bu norm re'sen anayasaya aykırı görülmeli veya bu normun anayasaya aykırı olduğu iddiası ciddi bulunmalıdır⁴⁶⁶.

a) Görülmekte olan davanın bulunması

Somut norm denetimine başvurulabilmesi için derdest bir davanın bulunması gerekir. Mahkemenin davayı nihai kararla sona erdirip somut norm denetimine başvurması mümkün değildir. Buradaki dava, dar ve teknik anlamda dava olmayıp, çekişmesiz yargı işleri de bu dava kavramına dahildir⁴⁶⁷. Öte yandan, sadece somut norm denetimine başvuru yapıldığı sırada davanın derdest olması gerekli ve yeterlidir. Somut norm denetimine başvuru yapıldıktan sonra davanın herhangi bir (feragat, kabul gibi) sebepten sona ermesi, itiraz incelemesine engel teşkil etmez⁴⁶⁸.

b) Davaya bakan merciinin mahkeme olması

Anayasa Mahkemesi bir kararında⁴⁶⁹, davaya bakan mahkemenin, "...adli, askerî veya idarî dâvalara bakan ve bu dâvalarda nihai hüküm vermek suretiyle anlaşmazlıkları çözümleyen her derecede mahkeme..."si olduğunu belirtmiştir. Başka bir kararında⁴⁷⁰, bunu, "...bir dâvaya bakmakta olan, hâkim niteliğinde kişilerden kurulu yargı yetkisine sahip taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasını çözümleyen merci..." şeklinde ifade etmiştir. İlk derecedeki bütün genel ve özel ilk derece mahkemeleri⁴⁷¹, icra mahkemeleri⁴⁷², istinaf mahkemesi⁴⁷³, Yargıtay Daireleri ve Genel Kurulu⁴⁷⁴, bu bağlamda mahkeme kapsamında yer alır.

⁴⁶⁶ Özbudun, s. 399 vd.; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 528 vd.; Kaboğlu, s. 418; Atar, Anayasa, s. 342 vd.; Eren, Anayasa, s. 1106 vd.; Bilgin, s. 353 vd.

⁴⁶⁷ Kuru, HMK El Kitabı, C. 2, s. 1906; AYM, 26/9/1968 T., 1967/21 E., 1968/36 K.

⁴⁶⁸ AYM, 7/8/1984 T., 1981/10E., 1983/16 K.; AYM, 18/10/2007, 2007/4 E., 2007/81 K.

⁴⁶⁹ AYM, 12/1/1965 T., 1964/51 E., 1965/3 K.

⁴⁷⁰ AYM, 30/05/1967 T., 1967/15 E., 1967/15 K.

⁴⁷¹ Kuru, HMK El Kitabı, C. 2, s. 1905; Özbudun, s. 401; Atar, Anayasa, s. 343; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 528; Eren, Anayasa, s. 1107; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 445.

⁴⁷² AYM, 30/05/1967 T., 1967/15 E., 1967/15 K.

⁴⁷³ Kuru, HMK El Kitabı, C. 2, s. 1905; Özbudun, s. 401; Atar, Anayasa, s. 343; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 528; Eren, Anayasa, s. 1107; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 445.

⁴⁷⁴ Yargıtay HGK, 23/6/2004 T., 2004/4-371 E., 2004/375 K.: "...Burada sözü edilen "Mahkeme" kavramına Yargıtay Daireleri ve Hukuk Genel Kurulu'nun da dahil bulunduğu kuşku yoktur; dolayısıyla, eldeki davada her ne kadar Yerel Mahkeme Anayasaya aykırılık iddiası bakımından herhangi bir değerlendirme yapmamış ve hüküm kurmamış ise de, Hukuk Genel Kurulu'nun dahi, anayasa aykırılık iddiasını ciddi bulması veya kendiliğinden bu kanaate varması durumunda, somut norm denetimi yolunu işletme hak ve yetkisi bulunmaktadır..."

c) İtiraz edilen normun davada uygulanacak olması

Hâkim, yargılama sırasında çok sayıda kanun hükmünü uygulamak durumundadır. Hâkimin bir yargılama sırasında uygulayacağı bütün normların (kuralların) mı yoksa sadece kararına esas teşkil eden kuralların mı somut norm denetimine tabi olduğu öğretide tartışmalıdır. Federal Alman Anayasası m. 100/1'e göre, "geçerli olup olmaması karara etki edecek bir kanuna" karşı itiraz yoluna başvurulabilir. Hukukumuzda ise, halihazırdaki düzenlemelerde, sadece "davada uygulanacak kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümleri" ifadesi (AY m. 152/1; AYMK m. 40/1) kullanılmaktadır. 2949 Sayılı Kanunda, "o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümleri" (m. 28/1) şeklinde bir düzenleme mevcuttu. Öğretideki bir görüşe göre, kanun koyucu davada uygulanacak bütün kanunları kastetmek isteseydi "bütün" kelimesini kullanarak bunu açıkça belirtebilirdi. Yalnızca davanın esasına etkili olacak bir mesele anayasaya aykırılık meselesinin ön meselesi yapılabilir. Bu bağlamda mahkeme, kararını, bir kanunun anayasaya aykırılığı meselesini çözümleyemeden veremiyorsa, bu kanunun anayasaya aykırılığını itiraz yoluyla ileri sürmelidir⁴⁷⁵. Diğer bir görüşe göre, uygulanacak norm, taraflardan birine uygulanacak her kanun şeklinde anlaşılmalıdır⁴⁷⁶. *Kuru*'da haklı olarak, uygulanacak kanun ifadesinin geniş yorumlanması ve o dava sebebiyle uygulanması ihtimal dahilinde olan kanun ile yetinilmesi gerektiğini belirtmektedir. Zira, bir davada uygulanacak kanun hükümlerini tespit etmek, mahkemeye ait bir yetki ve görevdir (HMK m. 33) ve bu ancak nihai kararda belli olabilir. Dolayısıyla, mahkemenin nihai karardan önce o kuralın uygulanacak kural olup olmadığını veya kararını etkileyip etkilemeyeceğini belirlemesi zor olabilir⁴⁷⁷. Bu yaklaşım aynı zamanda, somut norm denetiminin, kanunlardaki anayasaya aykırı olan kuralların olabildiğince ayıklanıp anayasaya uygun bir hukuk düzeninin tesis edilmesi yönündeki asıl amacı ile de uyumludur.

Anayasa Mahkemesine göre, davada uygulanacak kural, "...o davanın çeşitli evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönden etki yapacak nitelikte bulunan veya tarafların istek ve savunmaları çerçevesinde bir karara varmak için göz önünde tutulması gereken..."⁴⁷⁸ kuralıdır. Yine

⁴⁷⁵ **Kıratlı**, s. 79-81. Sonuç itibarıyla aynı yönde bkz. **Özbudun**, s. 402; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 532.

⁴⁷⁶ **Armağan, Servet**, Anayasa Mahkememizdeki Kazai Murakabe Sistemi, İstanbul 1967, s. 85-86; **Bilgin**, s. 359-360.

⁴⁷⁷ **Kuru**, HMK El Kitabı, C. 2, s. 1907.

⁴⁷⁸ **AYM**, 25/9/1980 T., 1980/59 E., 1980/53 K. Yine benzer içerikte olarak "...Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da

Anayasa Mahkemesine göre, davada uygulanacak kuraldan, "...davanın özüne etkili ve sonucu değiştirecek nitelikte doğrudan veya dolaylı biçimde uygulanacak..." kuralların anlaşılması gerekir⁴⁷⁹. Anayasa Mahkemesi, karışksız çek keşide etmek suçundan açılan bir davada, uyuşmazlığın çözümüne dolaylı biçimde etki yapabilecek, yargılama giderlerinden avukatlık ücretine ilişkin 1136 Sayılı Avukatlık Kanunun m. 164/son ve m. 168/son düzenlemelerini, davada uygulanacak kanun çerçevesinde ele alıp incelemiştir⁴⁸⁰. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, davada uygulanacak kural bağlamında, sadece davanın esasına ilişkin değil, mahkemenin kuruluşuna ve yargılama usulüne ilişkin kanun hükümlerini kapsayacak şekilde inceleme yapmaktadır⁴⁸¹.

d) Hâkimin uygulanacak kuralı anayasaya aykırı görmesi veya tarafların anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulması

İlk olarak, hâkim, uygulanacak kuralın anayasaya aykırı olduğunu tespit ederse, re'sen anayasaya mahkemesine, gerekçesiyle birlikte, başvurmaldır (AY m. 152/1; AYMK m. 40/1). Bu ihtimalde, hâkimin uygulanacak kuralın anayasaya aykırı olduğu konusunda kanaatinin bulunması gerekir. Hâkim bu kanaate, kendiliğinden yaptığı incelemede neticesinde veya taraflarca ileri sürülen anayasaya aykırılık iddiası üzerine varmış olabilir⁴⁸².

İkinci olarak, taraflarca ileri sürülen anayasaya aykırılık iddiası hâkim tarafından ciddi bulunursa (ciddi olduğu kanısına varılırsa), hâkim, bu iddiayı neden ciddi bulduğuna dair gerekçesiyle birlikte Anayasa Mahkemesine başvurmaldır (AY m. 152/1; AYMK m. 40/1). Dikkat edilmelidir ki, bu ihtimalde hâkim, anayasaya aykırılık hususunda değil, anayasaya aykırılık iddiasının ciddiliği konusunda kanıya varmalı, yani bu iddiayı ciddi bulmalıdır. Dolayısıyla hâkim, tarafların ileri sürdüğü anayasaya aykırılık iddiasına katılmasa, bu iddiayı yerinde görmese dahi, bu iddia, ilgili kuralın anayasaya aykırı olup olmadığı yönünde ciddi bir

olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır..." (AYM, 28/2/2002 T., 2002/23 E., 2002/32 K.; AYM, 28/12/2017 T., 2017/160 E., 2017/178 K.).

⁴⁷⁹ AYM, 25/3/1997 T., 1997/31 E., 1997/38 K.

⁴⁸⁰ AYM, 19/2/2005 T., 2002/126 E., 2004/127 K.

⁴⁸¹ AYM, 11/10/1975 K., 1974/35 E., 1975/126 K.; AYM, 26/2/2003 T., 2001/225 E., 2002/88 K.

⁴⁸² Aybay, Ciddilik, s. 158.

şüphe yaratıyorsa, itiraz yoluna başvurmaldır⁴⁸³. Hukuki dayanaktan açıkça yoksun anayasaya aykırılık iddiaları, ciddi olarak kabul edilmez⁴⁸⁴.

Mahkeme, tarafların anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulmazsa, bu konudaki talebi, gerekçelerini gösterilmek suretiyle reddeder (AYMK m. 40/2). Bununla beraber, bu karar bir ara karar olduğundan, mahkeme her zaman bu ara kararından dönüp, Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Ancak Anayasa Mahkemesine başvurduktan sonra bu karardan dönülemez⁴⁸⁵. İlk derece mahkemesi, anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulmayıp, bu konudaki talebi redderse, taraflar bu karara karşı tek başına kanun yoluna başvuramaz, ancak esas hükümle birlikte bunu istinaf konusu yapabilirler (AY m. 152/2; AYMK m. 40/2). Ayrıca, taraflar bu hususu istinaf kanun yolunda açıkça ileri sürmese dahi, istinaf mahkemesi bu iddiayı ciddi bulursa, gerekçesiyle birlikte anayasaya mahkemesine başvurmaldır (HMK m. 355/1)⁴⁸⁶. Çünkü, yukarıda açıkladığımız üzere, anayasaya aykırılık iddiası, kamu düzenine ilişkindir. Şayet istinaf mahkemesi de anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulmazsa, taraflar istinafin esasa ilişkin hükmü ile birlikte, bunu temyiz konusu yapabilirler (AY m. 152/2; AYMK m. 40/2). Temyiz mahkemesi de, bu hususu, taraflar açıkça ileri sürmese dahi, re'sen denetleyebilir (HMK m. 369/1, m. 371/1) ve bu iddiayı ciddi bulursa gerekçeleriyle birlikte anayasaya mahkemesine başvurabilir.

c. Bekletici Mesele Yapılması

Mahkeme, uygulanacak kuralın anayasaya aykırı olduğunu görürse veya tarafların anayasaya aykırılık iddialarını ciddi bulursa, gerekçeleri ile birlikte Anayasa Mahkemesine başvurmalı ve Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakmalıdır (AY m. 152/1; AYMK m. 40/1). Burada davanın geri bırakılmasından kasıt, Anayasa Mahkemesi kararının bekletici sorun (mesele) yapılmasıdır (AYMK m. 41/2)⁴⁸⁷. Bu noktada mahkemenin bir takdir yetkisi yoktur ve bu durum zorunlu bekletici sorun teşkil eder.

⁴⁸³ **Kıratlı**, s. 68-69; **Azrak**, Anayasa Mahkemesi, s. 684; **Aybay**, Ciddilik, s. 169 vd.; **Kuru**, HMK El Kitabı, C. 2, s. 1909; **Duran, Lütfi**, İtiraz Yolu İle Anayasaya Aykırılık İddiası ve Temel Hak ve Ödevlerin Kanunla Düzenlenmesi. İÜHF, C. 31, S. 1-4, 1935, s. 297; **Özbudun**, s. 404; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 533; **Atar**, Anayasa, s. 346; **Bilgin**, s. 366; **Aydın**, s. 28. Azınlıkta kalan aksi yöndeki görüşe göre, ileri sürülen iddianın ciddi görülmesi demek, hâkim tarafından kanunun hakikaten şekil ve muhteva olarak anayasaya aykırı olduğunun kabul edilmesi demektir (**Armağan**, Anayasaya Aykırılık, s. 731-732).

⁴⁸⁴ **Özbudun**, s. 404.

⁴⁸⁵ **Aşık, İbrahim**, Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorun, 2012, s. 62.

⁴⁸⁶ **Kuru**, HMK El Kitabı, C. 2, s. 1910.

⁴⁸⁷ **Aşık**, s. 60; **Kuru**, HMK El Kitabı, C. 2, s. 1910.

Yani, mahkemenin, Anayasa Mahkemesine başvurmasına rağmen bekletici sorun kararı vermemesi ya da beş aylık süre (AY m. 152/3; AYMK m. 40/5) geçmeden bekletici sorun kararından dönüp yargılamaya devam etmesi mümkün değildir⁴⁸⁸. Aksi durum, hukuka aykırılık teşkil eder.

Somut norm denetimine başvuran mahkemede, itiraz konusu kuralın uygulanacağı başka dava dosyalarının bulunması halinde, yapılmış olan itiraz başvurusu bu dosyalar için de bekletici sorun (mesele) sayılır (AYMK m. 41/2)⁴⁸⁹.

d. Anayasa Mahkemesi Kararı ve Sonrasındaki Durum

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden itibaren beş ay içinde kararını verir ve açıklar (AY m. 152/3; AYMK m. 40/5). Mahkeme, bu (itiraz başvurusunun reddine veya ilgili kuralın iptaline yönelik) kararlarla bağlıdır ve bu karara göre uyuşmazlığı çözmekle yükümlüdür (AY m. 153; AYMK m. 66). Anayasa Mahkemesinin itiraz başvurusunu reddetmesi durumu bakımından, kural olarak, özellik arz eden bir husus yoktur. Mahkeme bu ihtimalde, itiraz başvurusundan önceki hukuki duruma göre davayı görmelidir.

Buna karşılık, iptal kararı verilmesi durumunda, uygulanacak kural yürürlükten kalktığı için boşluk meydana gelebilir. Bu durumda, mahkeme, anayasada açık ve doğrudan uygulanabilir nitelikte bir düzenleme varsa, bunu esas alarak karar vermelidir⁴⁹⁰. Anayasada açık ve doğrudan uygulanabilir nitelikte bir düzenleme olmadığı ve fakat diğer hukuk kurallarında (söz gelimi yönetmelikte) anayasaya uygun bir düzenleme bulunduğu tespit edilirse, mahkeme bu hukuk kuralını anayasaya uygun bir şekilde yorumlayarak ve ölçülülük ilkesini (AY m. 13) de gözeterek uygulamalıdır. Ancak diğer pozitif hukuk kurallarında da (örf ve adet hukuku da dahil) anayasaya uygun bir düzenleme bulunmazsa, TMK m. 1/2 anlamında

⁴⁸⁸ **Aşık**, s. 59, 63.

⁴⁸⁹ Somut norm denetimi yoluna başvuran mahkeme dışındaki diğer mahkemeler de, kıyas yoluyla aynı kanun hükmü bakımından Anayasa Mahkemesinin kararına kadar bunu bekletici sorun yapabilirler mi? *Aşık*'a göre bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Zira, başvuran mahkeme, uygulanacak kuralın anayasaya aykırılığı konusunu ciddi görmüş ve başvurmuş olabilir, ancak diğer bir mahkeme bunu ciddi görmeyebilir. Bu sebeple, hâkim, başka bir mahkemenin daha önceki itiraz yoluyla başvurusunu gerekçe gösterip bekletici sorun kararı veremez. Ancak kendisi de uygulayacağı aynı hükmü anayasaya aykırı görüyorsa anayasa mahkemesine başvurabilir (**Aşık**, s. 65). Alman Hukukunda ise, bekletici sorunu düzenleyen Alman Medeni Usul Kanununun (AMUK) 148. maddesinin bu durumda kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir (**MüKoZPO/Fritsche**, § 148, Kn. 19). Mahkeme, görmekte olduğu davada kararı bakımından önemli olan bir kanun hükmünün anayasaya aykırılığı konusunda derdest bir başvuru varsa ve mahkeme de ilgili kanun hükmünün anayasaya aykırı olduğu kanaatinde ise, derdest anayasaya aykırılık başvurusunu görmekte olduğu dava bakımından bekletici sorun yapabilir (BGH NJW 1998, 1957; BGH NJW 2005, 1947).

⁴⁹⁰ **Atar**, Anayasanın Bağlayıcılığı, s. 206; **Antalya**, Anayasa, s. 32; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 134.

bir boşluk⁴⁹¹ söz konusu olur. Bu halde mahkeme, kanun koyucu gibi bir kural koymak ve bu kurala göre hukuki sorunu çözüme kavuşturmak zorundadır (TMK m. 1/2). Mahkeme, bu ihtimalde, kanun koyucu gibi anayasayı, tarafların çatışan menfaatlerini⁴⁹², dahası ölçülülük ilkesini göz önünde bulundurarak kural oluşturmak ve uygulamakla yükümlüdür⁴⁹³.

Anayasa Mahkemesi, itiraz yoluyla yapılan başvurunun kendisine gelişinden itibaren beş ay içerisinde karar vermezse, mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır (AY m. 152/3; AYMK m. 40/5). Dolayısıyla, beş aydan sonra mahkemede yargılama devam ederken, dahası henüz esas hakkındaki karar kesinleşmeden Anayasa Mahkemesi itiraz başvurusunun reddine veya ilgili hükmün iptaline karar verirse, yukarıda bahsettiğimiz ihtimallere göre mahkemenin bu karara uygun olarak davayı görmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi, esas hakkındaki karar kesinleştikten sonra karar verirse, bu karar, iptal kararı olsa dahi, mahkemenin kesinleşen hükmüne, kural olarak, tesir etmez⁴⁹⁴.

5. Anayasanın Doğrudan Uygulanmasının Özel Halleri

a. Genel Olarak

Hâkim, önüne gelen bir hukuki uyuşmazlığı çözerken, birincil olarak ilgili kanunu dikkate almalı ve bunu anayasaya uygun bir şekilde uygulamalıdır. Ancak, bazı hallerde (gerektiğinde) hâkim, anayasayı diğer kanunlar gibi doğrudan uygulayabilir^{495/496}. Bu noktada, öncelikle, anayasanın hangi düzenlemelerinin doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğunu ifade

⁴⁹¹ TMK m. 1/2 anlamında boşluk ve bu bağlamda hâkim hukukuna ilişkin bkz. Bkz. § 4/III/H.

⁴⁹² **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 320.

⁴⁹³ **ZK ZGB - Dürr**, Art. 1-E, Kn. 521; **Antalya**, Anayasa, s. 32; **Boyar**, Anayasa, s. 92; **Kaneti**, s. 32-33; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 134, 136; **Atar**, Anayasanın Bağlayıcılığı, s. 205-206.

⁴⁹⁴ **Kuru**, HMK El Kitabı, C. 2, s. 1916.

⁴⁹⁵ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 136; **Tanör**, s. 231 vd.; **Atar**, Anayasanın Bağlayıcılığı, s. 198; **Antalya**, Anayasa, s. 32.

⁴⁹⁶ AY m. 11'in gerekçesinde bu husus "yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri Anayasaya uymak zorundadırlar ve yargı kuvveti gerektiğinde, Anayasayı diğer kanunlar gibi uygulayabilecektir" denilerek açıkça ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi' de, 21/6/1991 T., 1991/25 E., 1991/18 K. sayılı kararında: "...11. madde ile Anayasa hükümlerinin bağlayıcılığı ve üstünlüğü bir ilke durumunda açıklanmakta ve Devlet çalışmalarının Anayasa'ya uygun olarak düzenlenmesi gerektiği, Anayasa kurallarının kişileri de bağlayan temel hukuk kuralları olduğu belirtilmektedir. Yasama, yürütme ve yargı organları Anayasa'ya uymak zorundadırlar. Ve yargı kuvveti gerektiğinde Anayasa'yı diğer yasalar gibi uygulayabilecektir. Maddede Anayasa'nın üstünlüğü belirtilmiş ve hukuk Devleti ilkesi olumlu bir kural haline konulmuştur. Bu kuralın en önemli yaptırımı da yargı denetimidir..." demek suretiyle, bu hususu vurgulamıştır.

etmek gerekir. Doğrudan uygulanabilir anayasal düzenlemelerden kasıt, ilgili düzenlemenin içeriğinin somut olayda bir kararın temelini oluşturmaya yetecek ölçüde belirli ve açık olmasıdır. Ayrıca ilgili düzenleme kendisinden hak çıkarılabilir nitelikte olmalıdır, yani söz konusu normda bireyin hakları ve yükümlülükleri tanımlanmalıdır. Öğretide, genel olarak, doğrudan uygulanabilir anayasal hak, öznesi, konusu, yükümlüsü belli bir hak biçimde düzenlenen ve kendiliğinden uygulanabilir niteliğe sahip olan hak, şeklinde ifade edilmektedir. Dolayısıyla, kişilere hak veren nitelikte olmayan, yasamaya yönelik olan, içerikleri soyut, esnek ve belirsiz olması nedeniyle doğrudan ve kendiliğinden uygulanamayan haklar bu kapsamda değildir⁴⁹⁷. Esasında anayasamızda doğrudan uygulanabilir nitelikte düzenlemeler oldukça fazladır. Söz gelimi, AY m. 18 uyarınca angaryanın yasak olmasından dolayı, fazla çalışma karşılığında işçinin fazla mesai ücretini talep hakkı vardır⁴⁹⁸. AY m. 53 uyarınca işçi ve işverenler, karşılıklı olarak toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptir. AY m. 54 uyarınca işçilerin grev hakkı vardır⁴⁹⁹. Ayrıca, anayasada, kişi dokunulmazlığına, maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirmeye, özel hayatın korunmasına, seyahat ve yerleşme hürriyetlerine, bilim ve sanat hürriyetine, basın hürriyetine, ailenin korunması, sözleşme serbestisine, ispat hakkına, düşünce ve ifade hürriyetine, kişi hürriyeti ve güvenliğine dair taraflar arasında birbirine karşı ileri sürülebilecek esaslar mevcuttur⁵⁰⁰. Yine Federal Alman Anayasasında da, kendi aralarındaki hukuki işlemlerde özel hukuk kişileri için de doğrudan geçerli olan hak ve yükümlülükleri düzenleyen hükümler mevcuttur. Örneğin Federal Alman Anayasası m. 9/3, sendika kurma hakkını sınırlamayı veya ona engel olmayı amaç edinen anlaşmaların geçersiz olduğunu açıkça belirtmiştir. Aynı Anayasanın 48/1 maddesine göre, federal meclise üye olmak isteyen kişi, seçim hazırlığı için çalıştığı yerden gerekli olan izni isteme hakkına sahiptir. Ayrıca, aynı Anayasanın 1/1 maddesinde düzenlenen insan onuru nedeniyle, işçi köleliği yasağı

⁴⁹⁷ **Tanör**, s. 233; **Atar**, Anayasanın Bağlayıcılığı, s. 198.

⁴⁹⁸ AYM, 21/10/1963 T., 1963/172 E., 1963/244 K.: "...Anayasanın 42 nci maddesinin ikinci fıkrasında ise (Angarya yasaktır.) hükmü bulunmaktadır. Anayasanın bu açık hükmü karşısında iş Kanununun 38 inci maddesinin birinci fıkrasının, maddedeki şartlar içerisinde yapılacak fazla çalışmadan bir saat için hiç bir ücret ödenmeyeceğine ilişkin hükmü Anayasaya aykırıdır..."

⁴⁹⁹ **Tanör**, s. 250 vd. AYM, 6/3/1963 T., 1962/280 E., 1963/51 K.: "... Anayasamızca grev hakkı genel surette ve prensip olarak kabul edilmiş ve ancak bazı kayıt ve şartlarla kullanılmasının düzenlenmesi ve istisnaları kanuna bırakılmıştır Anayasa'da mevcut grev hakkının düzenleyici bir kanun çıkıncaya kadar geçici bir zaman için kullanılmaması grevi mutlak surette yasaklayan İş Kanununun 72 nci maddesinin Anayasaya aykırılığını incelemeye engel olmaz. Grevi mutlak olarak yasaklayan ve itiraz konusu bulunan iş Kanununun 72 nci maddesinin grev hakkını kesin olarak kabul eden Anayasanın 47 nci maddesinin 1 inci fıkrasıyla bağdaşmadığı açıktır. Bu sebeplerle İş Kanununun 72 nci maddesindeki grev yasağına ilişkin hükmünün iptali gerekir..."

⁵⁰⁰ **Tanör**, s. 231, 233, 250; **Atar**, Anayasanın Bağlayıcılığı, s. 198; **Kaneti**, s. 34.

olduğu kabul edilmektedir⁵⁰¹. Yine Federal İsviçre Anayasası m. 8/3'e göre, erkekler ve kadınlar, eşit değerdeki işler için eşit ücret alma hakkına sahiptir.

Hemen belirtelim ki, anayasada bu şekilde yer alan doğrudan uygulanabilir hükümlerin bulunması, hâkimin bu hususlarda bir kanun hükmünün bulunup bulunmadığını göz ardı ederek, birincil olarak doğrudan ilgili anayasa hükmünü uygulayabileceği anlamına gelmez⁵⁰². Hâkim, çözmesi gereken bir hukuki soruna ilişkin kanunun sözü ve özüyle (TMK m. 1/1) bir cevap vermediğini tespit ederse, anayasadaki açık ve doğrudan uygulanabilir nitelikte düzenlemeyi esas alarak karar vermelidir⁵⁰³. Anayasada bu nitelikte bir düzenleme yoksa, diğer pozitif hukuk kurallarına bakılmalıdır. Diğer pozitif hukuk kurallarında da (örf ve adet hukuku dahil) anayasaya uygun bir düzenleme yoksa, hâkim kanun koyucu gibi bir hukuk kuralı oluşturarak, bu kurala göre karar vermelidir (TMK m. 1/2). Bu noktada da hâkim, oluşturacağı hukuk kuralını anayasayı gözeterek ve özellikle de ölçülülük ilkesini dikkate alarak belirlemeli ve uygulamalıdır⁵⁰⁴. Son olarak, hukuki sorunun çözümüne ilişkin eski kanun ile yeni anayasa hükmü arasında açık bir çelişki varsa, hâkimin kanunu göz ardı ederek doğrudan ilgili anayasa hükmünü uygulaması gündeme gelebilir⁵⁰⁵.

b. Boşluk Halinde Anayasanın Doğrudan Uygulanması

Hâkim, çözmesi gereken hukuki meseleye ilişkin kanunda bir düzenleme bulunmadığını, ancak anayasada açık ve doğrudan uygulanabilir nitelikte bir düzenleme bulunduğunu tespit ederse, bunu uygulayarak karar vermelidir⁵⁰⁶. Anayasada bu nitelikte bir düzenleme mevcut değil ve fakat anayasanın altındaki diğer hukuk kurallarında (söz gelimi yürürlükte olan tüzükte) anayasaya uygun bir düzenleme varsa, hâkim bu hukuk kuralını anayasaya uygun bir şekilde yorumlayarak ve ölçülülük ilkesini (AY m. 13) de gözeterek uygulamalıdır. Kanunda, anayasada ve diğer pozitif hukuk kurallarında (örf ve adet hukuku da dahil) hukuki meseleye ilişkin uygulanabilir bir düzenleme bulunmaması halinde TMK m. 1/2

⁵⁰¹ Neuner, s. 1852; Rüthers/Fischer/Birk, Kn. 223.

⁵⁰² Antalya, Anayasa, s. 31-32; Kaneti, s. 32 vd.

⁵⁰³ Karş. Atar, Anayasanın Bağlayıcılığı, s. 206; Antalya, Anayasa, s. 32; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 134.

⁵⁰⁴ Antalya, Anayasa, s. 32; Boyar, Anayasa, s. 92; Kaneti, s. 32-33; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 134, 136; Atar, Anayasanın Bağlayıcılığı, s. 206.

⁵⁰⁵ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 134, 549-551; Atar, Anayasanın Bağlayıcılığı, s. 206-207.

⁵⁰⁶ Atar, Anayasanın Bağlayıcılığı, s. 206; Antalya, Anayasa, s. 32; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 134.

anlamında bir boşluk⁵⁰⁷ söz konusu olur. Bu halde hâkim kanun koyucu gibi bir kural koymak ve bu kurala göre hukuki sorunu çözüme kavuşturmak zorundadır (TMK m. 1/2). Hâkim, bu ihtimalde, kanun koyucu gibi anayasayı, tarafların çatışan menfaatlerini, ölçülülük ilkesini göz önünde bulundurarak kural oluşturmak ve uygulamak ödevi altındadır⁵⁰⁸. Bu bağlamda başından itibaren boşluğun bulunması veya bir kanunun iptali⁵⁰⁹ ya da yasal düzenlemeyle yürürlükten kaldırılması⁵¹⁰ neticesinde sonradan boşluk oluşması, temelde, bir farklılık yaratmaz.

c. Eski Kanun ve Yeni Anayasa Hükümünün Çatışması Halinde Anayasanın Doğrudan Uygulanması

Anayasa değişikliğinden sonra çıkarılan bir kanun söz konusu olduğunda, bu kanunun anayasaya aykırılığını ve dolayısıyla hukuki geçersizliğini tespit etme yetkisinin sadece Anayasa Mahkemesine ait olduğu konusunda tartışma yoktur (AY m. 152/1; Federal Alman Anayasası m. 100/1). Ancak, anayasa değişikliğinden önceki eski kanun hükümlerinden, yeni anayasaya hükmü ile uyuşmayanların Anayasa Mahkemesince iptali gerekmeksizin geçerliliğini yitirip yitirmediği ve doğrudan yeni anayasa hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır.

Özellikle Almanya’da 1945’teki çöküşün ardından, yenilenen anayasal ve insani hukuk düşüncesine aykırı olan Nasyonal Sosyalist dönemine ait çok sayıda hukuk kuralının ve hukuki

⁵⁰⁷ TMK m. 1/2 anlamında boşluk ve bu bağlamda hâkim hukukuna ilişkin bkz. ileride...

⁵⁰⁸ **ZK ZGB - Dürr**, Art. 1-E, Kn. 521; **Antalya**, Anayasa, s. 32; **Boyar**, Anayasa, s. 92; **Kaneti**, s. 32-33; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 134, 136; **Atar**, Anayasanın Bağlayıcılığı, s. 205-206.

⁵⁰⁹ Bu bağlamda tipik örnek olarak Yargıtay’ın İBHKG., 18.11.1964 T., 1964/2 E., 1964/4 K. sayılı kararı gösterilebilir. Söz konusu olayda, 6570 Sayılı Kanunun 2. ve 3. maddelerinde yer alan kira bedelinin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler, Anayasa Mahkemesi tarafından mülkiyet hakkının özünü zedelediği gerekçesiyle iptal edilmiştir. Akabinde kanun koyucu tarafından bu hususta herhangi bir düzenleme yapılmaması sebebiyle de Yargıtay, kira bedelinin tespitine ilişkin boşluk oluştuğunu ve TMK m. 1 uyarınca hâkimin bu boşluğu kanun koyucu gibi doldurması gerektiğini belirtmiş ve bu boşluğun doldurulması bakımından da Anayasa Mahkemesinin ilgili iptal kararındaki mülkiyet hakkının özüne dokunulmaksızın kira bedelinin sınırlandırılmasının anayasaya aykırı olmadığı yönündeki tespitinden hareketle ve 6570 Sayılı Kanunun kiracıyı koruyan diğer hükümler ışığında, hâkim tarafından bilirkişilerce belirlenen rayiç kira bedeli uygulamasının esas alınması yönünde bir sonuca varmıştır. Bu hususta bkz. **Kaneti**, s. 32-33.

⁵¹⁰ Alman hukukunda, bunun etkileyici bir örneği, eşitlik ilkesinin 1958 yılına kadar aile hukukunda yarattığı boşlukların hâkimler tarafından anayasadaki kural ve ilkelere göre hukuk yaratılarak çözülmesidir. Federal Alman Anayasası, kadın-erkek eşitliğine (m. 3/2) aykırı kanuni düzenlemelerin 31/3/1953 tarihinden sonra yürürlükten kaldırılacağını düzenlemiştir (m. 117/1). 31/3/1953 tarihinden Eşit Haklar Kanunun (*Gleichberechtigungsgesetz*) 1/7/1958 tarihinde yürürlüğe girmesine kadar, aile hukuku büyük ölçüde eksik hale gelmişti. Bu boşlukları hâkimler, başta eşitlik ilkesi olmak üzere, yeni anayasadaki kural ve ilkeleri dikkate alarak doldurmuş ve bu sırada yargısal olarak oluşturulan kural ve ilkelerin çoğu bu yeni kanunda (Eşitlik Kanununda) norm haline getirilmiştir. Bu hususta bkz. **Engisch**, Einführung, s. 195, 236, 237; **Rüthers/Fischer/Birk**, Kn. 855, 585.

ilkenin, özel bir yürürlükten kaldırma işlemi olmaksızın da geçerliliğini yitirip yitirmediğine ilişkin soru gündeme gelmiştir. *Wengler*⁵¹¹, karşılaştırmalı hukuk metodolojisini kullanarak bu soruyu derinlemesine incelemiştir. Genel olarak hukuk sistemlerinin nasıl sürekli olarak yabancı hukuki malzemeleri ya da yabancı hale gelen hukuki malzemeleri işlemek, yeniden şekillendirmek ve bazı durumlarda özel bir yetkilendirme olmaksızın hariç tutmak zorunda kaldığını göstermiştir. *Wengler*'e göre, fiili koşullardaki, siyasi, kültürel ve ahlaki görüşlerdeki ve hepsinden önemlisi tartışılan hukuk kuralının ve hukuki ilkenin çevrelendiği diğer mevzuattaki değişiklikler, özel bir lex posterior müdahalesi olmaksızın yeni ilkelerle çelişen hukukun ortadan kaldırılmasına yol açar. Yeni hukukun ruhu, şekli olarak hala yürürlükte olan eski kanuna karşı kullanılır⁵¹². *Wengler*'e göre, bugünün kanun koyucusunun meseleyi düzenlemek zorunda kalsaydı muhtemelen takip edeceği hukuk politikasının belirli temel fikirleri, eski mevzuatı değerlendirmek için bir standart sağlar. Bu temel fikirlerle uzlaştırılamayan her şey uygulanamaz olarak kabul edilmelidir⁵¹³. Federal Alman Anayasa Mahkemesine göre⁵¹⁴, anayasa öncesi bir norm, anayasa sonrası yasama organının iradesine dahil edilmiş ve yasama organının kendisi tarafından yürürlüğe konulan bir norm olarak teyit edilmişse, Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilirliği açısından anayasa sonrası bir norm niteliğine de sahiptir.

Hukukumuzda da bu konu, özellikle 1961 Anayasası ve 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesiyle, yeni anayasa ile uyuşmayan eski kanun hükümlerinin zımnen ilga edilmiş sayılıp sayılamayacağı üzerinden tartışılmıştır. 1961 Anayasasının Geçici 9/2 maddesi, bu konu şöyle bir çatışma kuralı öngörmüştür: “Anayasa Mahkemesinin görevine başladığı tarihte yürürlükte olan herhangi bir kanun hakkında bu Anayasaya aykırılığı iddiasıyla iptâl dâvası açılabilir. Bu halde iptâl dâvası açma hakkı, Anayasa Mahkemesinin görevine başladığının Resmî Gazeteyle yayınlandığı tarihten itibaren altı ay sonra düşer”. O dönemde öğretilde, 1961 Anayasasına aykırı kanun hükümlerinin zımnen ilga edilmiş sayılacağına ilişkin bir görüş olmakla birlikte, yaygın görüş, Anayasa Mahkemesinin norm denetiminin var olduğu sistemde eski kanunların sadece Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi gerektiğini

⁵¹¹ **Wengler, Wilhelm**, Die Nichtanwendung nationalsozialistischen Rechts im Lichte der Rechtsvergleichung und der allgemeinen Rechtslehre, Juristische Rundschau 1949, s. 67 vd.

⁵¹² **Wengler**, s. 70; **Engisch**, Einführung, s. 235.

⁵¹³ **Wengler**, s. 73. *Säcker*'e göre de, kanun koyucu yeni özel hukuku hazırlarken anayasanın temel haklar ve devlet hedeflerine ilişkin hükümleriyle bağlıdır; anayasa ile uyumlu olmayan eski, anayasa öncesi özel hukuk artık geçerli değildir (**MüKoBGB-Säcker**, BGB Einleitung, Kn. 63).

⁵¹⁴ BVerfGE 6, 55; BVerfGE 10, 185.

savunmuştur⁵¹⁵. Anayasa Mahkemesi de, daha çok ikinci görüşü benimseyerek eski kanunların sadece iptal veya kanun değişikliği yoluyla anayasaya aykırılığının giderilebileceğine karar vermiştir⁵¹⁶. Bununla beraber, Mahkeme aynı dönemde, ayrıntılı yeni anayasa hükmüne aykırı olan eski kanun hükümlerinin zımnen ilga edilmiş sayılacağına dair de karar vermiştir⁵¹⁷. 1982 Anayasası ise, bu konuda m. 177/e’de farklı bir çatışma kuralı öngörmüştür: “Anayasanın halkoylaması sonucu kabulünün ilanı ile birlikte yürürlüğe girecek hükümleri ve mevcut ve kurulacak kurum, kuruluş ve kurullar için yeniden kanun yapılması veya mevcut kanunlarda değişiklik yapılması gerekiyorsa bunlara ilişkin işlemler mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmayan hükümleri veya doğrudan Anayasa hükümleri, Anayasanın 11 inci maddesi gereğince uygulanır.” Kötü bir şekilde formüle edilen bu düzenlemeyle özetle, eski kanunların yeni anayasaya aykırı olan hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Öğretideki bir görüşe göre, anayasaya aykırı hükümlerin iptali yetkisi, yalnızca Anayasa Mahkemesine aittir. Anayasanın kendinden önceki kanunu zımnen ilga edebileceği kabul edilirse, anayasaya aykırılığı saptama yetkisi bütün mahkemelere tanınmış olur. Başka bir deyişle, zımnen ilganın kabul edilmesi, genel mahkemelerin kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi anlamına gelir. Oysa hukukumuzda bu konuda münhasıran Anayasa Mahkemesi yetkili kılınmıştır.

⁵¹⁵ **Teziç**, Kanun, s. 161-162; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 138, 549, 550.

⁵¹⁶ AYM, 22/5/1963 T., 1963/205 E., 1963/25 K.: “...Eğer Anayasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte var olan kanunlardaki aykırı hükümleri kendiliğinden kaldıracağını düşünmek mümkün ve caiz bulunsaydı bu çeşit hükümlerin ayrıca iptali için bir yolun öngörülmesi hiç de gerekmezdi. Oysa Anayasa'nın geçici 9 uncu maddesine, Anayasa Mahkemesinin görevine başladığı tarihte yürürlükte olan kanunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla iptal dâvası açılabilmesini sağlayacak özel bir hüküm konulmuş; bu da Anayasa'daki temel hukuk kurallarının aykırı hükümleri kendiliğinden ortadan kaldıramayacağını ayrıca ve açıkça göstermekte bulunmuştur...”. Ayrıca bu yöndeki diğer kararlar için bkz. **Teziç**, Kanun, s. 162; **Özbudun**, s. 420-421.

⁵¹⁷ AYM, 3/6/1976 T., 1976/13 E., 1976/31 K.: “...Anayasa Koyucunun 34. maddesiyle bu açık hükmü getirirken ispat hakkını önleyen veya kısıtlayan Türk Ceza Kanununun sözü edilen kurallarını bilmediği öne sürülemez. Anayasa Koyucusu o kuralları ve uygulama biçimlerini bildiği ve onların bundan böyle uygulanmasına devam olunmasını istemediği için 34. maddesine bu açık hükmü koymak suretiyle Türk Ceza kanununun aynı konu ile ilgili farklı kurallarını artık uygulanamaz duruma getirmiştir... Anayasa Koyucunun asıl amacı böyle olunca; ispat hakkı söz konusu olduğunda, Anayasa'nın 34. maddesinin ihmal edilmesi, “ispat hakkını engelleyen Türk Ceza Kanununun anılan kuralları Anayasa Mahkemesince iptal edilmemiş veya başka özel bir kanunla kaldırılmamış olduğundan” söz edilerek ispat isteğinin kabul edilmemesi, genel hukuk kurulları ve özellikle Anayasa'nın sözü edilen açık hükmü karşısında savunulamaz... Yasaların yürürlükten kalkması sonradan çıkan bir yasa da önceki yasanın tümünün veya kimi hükümlerinin kaldırıldığının açıkça gösterilmesi ya da Yasanın zımni olarak kaldırılması suretiyle olur. İspat hakkı konusunda da böyle olmuştur. Sonradan yürürlüğe girmiş olan Anayasa'nın 34. maddesi aynı konu ile ilgili olup, kendisinden önce yürürlükte olan Türk Ceza kanununun 270. maddesi ile 481. maddesinin birinci fıkrasının 1 sayılı bendinin bununla ilgili kuralını yürürlükten kaldırmış ve Anayasa bundan böyle ispat hakkıyla ilgili işlemlerin 34. maddeye göre yürütülmesini özellikle öngörmüştür. Anayasa Koyucu, yukarıda belirtildiği gibi, Türkiye'nin “İspat hakkı fırtınası geçirdiğini dikkate alarak, bu konunun kesin surette Anayasa içinde çözülmesi gerekeceği görüşünden hareket ederek ve Türk Ceza Kanununun yukarıda sözü edilen ispat hakkı ile ilgili hükümlerini bir yana bırakarak, 34. madde ile ispat hakkını ayrıntılı bir surette bizzat düzenlemiş ve artık bu konuda öteki yasaların değil, Anayasa'nın bu hükmüne göre hareket edilmesini istemiştir. Bilindiği gibi, Anayasa'da sadece özü belirlenmiş temel hukuk kurallarına değil, kimi konulan ayrıntıları ile doğrudan doğruya düzenleyen hükümlere de yer verilmiştir, “İspat hakkı” na ilişkin 34. madde bu ikinci tür hükümlerdendir...”.

Dolayısıyla, genel mahkemelerin anayasaya uygunluk denetimini yapmaları sonucuna yol açacak bir yorum kabul edilemez⁵¹⁸. Aksi yöndeki görüşe göre, basit kanunlar için kabul edilen zımni ilganın, önceki kanun sonraki anayasa ilişkisinde kabul edilmemesini bir hukuki esasa dayandırmak zordur. AY m. 117/e’de düzenlenen çatışma kuralı karşısında da artık zımni ilga ve mahkemelerin yeni anayasa hükmünü doğrudan uygulayabileceğinden kuşku duymamak gerekir. Elbette bu durum, anayasa ile çatışan bütün önceki kanun hükümlerinin zımnen ilga yoluyla yürürlükten kalktığı anlamına gelmez. Ancak, sonraki anayasanın belli bir konuyu ayrıntılı olarak ve doğrudan doğruya düzenlendiği durumlarda, bununla açıkça çelişen önceki kanunların zımnen ilga edilmiş sayılması gerekir⁵¹⁹. Anayasa Mahkemesinin bu dönemde yeni anayasa-eski kanun çatışması bağlamında zımnen ilganın söz konusu olup olmadığına ilişkin bir kararını tespit edemedik. Ancak Anayasa Mahkemesi, pek çok kararında, AY m. 90/5 hükmünün zımnen ilga kuralı olduğunu, kanun ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükmü arasında bir çatışma olması halinde, kanunun zımnen ilga edildiğini ve hâkimin kanunu göz ardı edip, doğrudan sözleşme hükmüne göre karar vermesi gerektiğini belirtmektedir⁵²⁰. Yargıtay, 1982 Anayasasının m. 177/e düzenlemesindeki ifade ile 1961 Anayasasından farklı bir çatışma kuralı öngördüğünü ve bu düzenlemeden hareketle kanunların anayasaya aykırı hükümlerinin anayasaya rağmen uygulanmasının söz konusu olamayacağını, bunun gerçekçi ve aynı zamanda anayasanın özüne ve sözüne uygun bir yorum biçimi olduğunu, kanunlardaki anayasaya aykırı hükümlerin çözümü için öngörölmüş prosedüre başvurulmaksızın doğrudan ve tereddütsüz anayasa hükümlerinin uygulanmasının zorunlu olduğunu ifade etmiştir⁵²¹.

⁵¹⁸ **Özbudun**, s. 421-422.

⁵¹⁹ **Teziç**, Kanun, s. 162; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 550-551; **Atar**, Anayasanın Bağlayıcılığı, s. 206-207

⁵²⁰ AYM- *Sevim Akat Eşki*, 19/12/2013 T., B. No: 2013/2187, § 44 - § 46. Aynı yönde: AYM- *Gölsim Genç*, 6/3/2014 T., B. No: 2013/4439, § 39- § 41; AYM- *Neşe Aslanbay Akbıyık*, 16/4/2015 T., B. No: 2014/5836, § 44 - § 46.

⁵²¹ Yargıtay HGK, 14/9/1983 T., 1980/4-1714 E., 1983/803 K.: “...Konu TC. Anayasasının genel sistematığı içerisinde incelendiğinde görölmektedir ki, 1982 Anayasası yürürlük açısından önceki 1924 ve 1961 Anayasalarına ve bunların tadillerine göre çok daha ayrıntılı ve kesin hükümler içermektedir. "Anayasanın yürürlüğe girmesi" kenar başlıklı 177. maddesinin "e" bendinde, 11. maddeye de atıfta bulunmak suretiyle kanunların Anayasaya uygunluğu sağlanıncaya, ya da yeni kanunlar çıkarılıncaya kadar mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmayan hükümlerinin veya doğrudan Anayasa hükümlerinin uygulanacağı çok açık bir biçimde belirtilmiştir. Bu hükmün muhalif mefhumundan kanunların Anayasaya aykırı hükümlerinin Anayasaya rağmen uygulanmasının söz konusu olmayacağı sonucunu çıkartmak gerçekçi ve aynı zamanda Anayasanın özüne ve sözüne uygun bir yorum biçimi olarak kabul edilmelidir. Anayasa bu hükmü ile 1961 Anayasasından ayrılmış, kanunlardaki Anayasaya aykırı hükümlerin çözümü için öngörölmüş prosedüre başvurulmaksızın doğrudan ve tereddütsüz Anayasa hükümlerinin uygulanması zorunluluğunu getirmiştir...”. Aynı yönde bkz. Yargıtay CGK, 28/3/1988 T., 1988/76 E., 1988/35 K.

Kanaatimizce, özellikle olağan dışı dönemlerde eski ve yeni hukuk arasındaki çelişkiler bakımından yukarıda yer verilen *Wengler*'in tespitleri, temelde, doğrudur. Bu bağlamda, başta anayasa olmak üzere yeni hukukun ortaya koyduğu kural ve ilkeler, başka bir deyişle yeni hukukun özü/ruhu, şekli olarak hala yürürlükte olan eski kanuna karşı kullanılmalıdır⁵²². Bu kapsamda yeni anayasa ile uyumlu olmayan eski, anayasa öncesi mevzuat artık geçersizdir⁵²³. Bu durum, yeni anayasanın, kendisinden önceki mevzuat hakkında açık bir hüküm öngörmediği hallerde söz konusu olur. Dolayısıyla yeni anayasa, kendisiyle çelişen eski mevzuatın geçerliliği konusunda açıkça bir düzenleme yapmışsa, hâkimin bu düzenlemeyi göz önünde bulundurarak karar vermesi gerekir. Bu noktada, 1982 Anayasasının, “Anayasanın yürürlüğe girmesi” başlığı altındaki m. 177/e hükmündeki; “mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmayan hükümleri veya doğrudan Anayasa hükümleri, Anayasanın 11 inci maddesi gereğince uygulanır” düzenlemesi ve AY m. 11’in gerekçesindeki “yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri Anayasaya uymak zorundadırlar ve yargı kuvveti gerektiğinde, Anayasayı diğer kanunlar gibi uygulayabilecektir” ifade dikkate alındığında, 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden önceki kanunların ve diğer mevzuatın açıkça anayasaya aykırı olan ve anayasaya uygun yorumla (ve bu kapsamda hukukun geliştirilmesiyle de) anayasayla uyumlaştırılmayan hükümleri yerine hâkimin doğrudan anayasadaki düzenlemelere göre karar vermesi gerekir. Salt kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminin münhasıran Anayasa Mahkemesince gerçekleştirilmesi gerektiğinden (AY m. 152) hareketle, hâkimleri yeni anayasaya açıkça aykırı olan eski kanun hükümlerini uygulamak zorunda bırakmak, hem AY m. 11, m. 138/1 ve m. 177/e’nin açık düzenlemeleri hem de hukukun geliştirilmesi (*Rechtsfortbildung*) gerekliliği karşısında ikna edici bir yaklaşım değildir.

Öte yandan, tamamen yeni bir Anayasanın yürürlüğe girmesi gibi köklü değişikliklerin olmadığı, söz gelimi münferit bir veya birkaç anayasa hükmünün değişmesi ya da yeni anayasa hükümlerinin ihdas edilmesi durumunda, eski kanun hükümleri yine öncelikle anayasaya uygun yorum çerçevesinde ele alınmalıdır. Bu noktada da, hâkim, sadece dar anlamda anayasaya uygun yorumla⁵²⁴ değil, anayasaya uygun düzeltme (anayasaya uygun hukukun geliştirilmesi) çerçevesinde, eski kanunu yeni anayasa hükmüne uyarlamaya (*Anpassung*) çalışmalıdır⁵²⁵. Şayet eski kanunun açık lafzı ve anlamı/amacı, yeni anayasa hükmüyle uyumlaştırılmayacak

⁵²² **Wengler**, s. 70.

⁵²³ **Wengler**, s. 73; **MüKoBGB- Säcker**, BGB Einleitung, Kn. 63.

⁵²⁴ Bkz. § 4/III/A/3/aa.

⁵²⁵ **Engisch**, Einführung, s. 235.

nitelikteyse, anayasaya aykırılık bariz bir şekilde görülüyorsa ve yeni anayasa hükmü belli bir konuyu ayrıntılı olarak düzenliyorsa, hâkimin doğrudan bu yeni anayasa hükmünü uygulayarak karar vermesi gerekir⁵²⁶. Anayasa koyucunun, kanunda yer alan bir düzenlemenin aksi yönünde açık ve ayrıntılı bir düzenleme yapması, ilgili konuya atfettiği güncel önemi ve bu kapsamda yapmış olduğu düzenlemesinin doğrudan uygulanması yönündeki isteğini gösterir. Basit kanun koyucunun yaptığı bir kanun ile önceki kanunu ilga etmesi mümkün iken, daha nitelikli bir sayı ile meydana gelen ve daha yüksek bir demokratik meşruiyeti haiz Anayasa koyucunun açık ve ayrıntılı bir düzenleme ile eski kanunu ilga edememesini savunmak hukuken izahı güç bir durumdur⁵²⁷. Öte taraftan hâkimlerin anayasaya uygunluğu gözetmesi (ve gerektiğinde müdahale etmesi) konusundaki rolü ve işlevi, yukarıda detaylıca izah edildiği üzere, eski dönemlere nazaran oldukça kapsamlıdır. Bu bağlamda öğretide binlerce “Anayasa Mahkemesi”nin bulunduğu dahi ifade edilmektedir⁵²⁸. Ayrıca, anayasaya uygunluk denetiminin münhasıran Anayasa Mahkemesince gerçekleştirilmesi, yani merkezileştirilmesi, temelde, hukuki güvenlik sebebine dayanmaktadır. Kabul ettiğimiz yaklaşım, hukuki güvenliği ihlal edecek ve anayasa yargısını anlamsızlaştıracak bir mahiyette değildir. Çünkü, hâkim, sadece bir belli bir konuyu ayrıntılı olarak düzenleyen sonraki anayasa hükümleriyle açıkça çelişen önceki kanun hükümlerini göz ardı ederek, doğrudan uygulanabilir nitelikteki anayasa hükümlerine göre karar vermelidir.

B. Kanun

Kanun kavramı, genellikle, şekli (organik) anlamda kanun ve maddi anlamda kanun ayrımı yapılarak incelenir. Şekli anlamda kanun, yasama organı tarafından (TBMM) ve usulüne uygun bir biçimde, kanun adı altında, kabul edilerek yürürlüğe konulan yazılı hukuk kuralını ifade eder. Şekli anlamda kanun bakımından, bu yazılı hukuk kuralının içeriği ve kapsamı önemli değildir. Önemli olan, onu yapan organdır. Yasama organı (TBMM) tarafından, kanun yapma şekline göre alınan her karar, kanun niteliğini haizdir⁵²⁹. Maddi anlamda kanun bakımından ise belirleyici olan, ilgili işlemi yapan organ ve yapılış usulü değil, içeriğidir. Genel, soyut, objektif, kişisel olmayan ve sürekli karakterdeki hükümler, maddi anlamda kanun

⁵²⁶ Teziç, Kanun, s. 162; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 550-551; Atar, Anayasanın Bağlayıcılığı, s. 206-207.

⁵²⁷ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 550.

⁵²⁸ Möllers, Methodenlehre, § 11, Kn. 21.

⁵²⁹ Teziç, Kanun, s. 13, 33 vd.; Aral, s. 94; Işıktaç, Yasemin, Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması, 2. Bası, İstanbul 2004, s. 91-92; Atar, Anayasa, s. 200; Şirin, Kanun, s. 273, 287 vd.

kabul edilir. Bu bağlamda maddi anlamda kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, tüzük, yönetmelik, örf ve adet hukuku ve hâkim hukuku kurallarını da içerir⁵³⁰.

Kanun yolu denetimi bakımından hukuk kuralı kapsamına, hem şekli anlamda kanun hem de maddi anlamda kanun kapsamında yer alan bütün normlar dahildir. Yani, bağlayıcı bir hukuk kuralı oluşturma konusunda yetkili bir organ tarafından, kamu hukukunun öngördüğü şekillerde geçerli olarak çıkarılan ve genel olarak bağlayıcı olan her hukuk normu, kanun yolu denetimi bakımından bir hukuk kuralıdır⁵³¹. Dolayısıyla kanun yolu mahkemesi, hem şekli hem de maddi anlamda kanuna, daha doğrusu hukuk normuna aykırılığı denetler. Bu ayırım denetimin kapsamı bakımından belirleyici değildir. Ancak denetimin içeriği bakımından önem arz edebilir. Şekli anlamda kanununda yer alan bir düzenleme ile, hiyerarşik olarak şekli anlamda kanunun altında yer alan ve maddi anlamda kanun teşkil eden bir düzenleme (söz gelimi yönetmelik) arasında farklılık bulunması durumunda, şekli anlamda kanunun uygulanmaması hukuka aykırılık teşkil eder. Öte yandan Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden düzenlemelerin şekli anlamda bir kanuna dayanması gerektiğini belirtmekte ve şekli anlamda kanun teşkil etmeyen düzenlemelere dayalı olarak yapılan sınırlamalar bakımından ihlal kararı vermektedir⁵³². Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, örneğin, kanunda öngörülme ve fakat tüzükle getirilen bir dava şartına aykırılık nedeniyle davanın usulden reddinin adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkının ihlali

⁵³⁰ **Teziç**, Kanun, s. 33-39; **Aral**, s. 94; **Işıқтаç**, Hukuk, s. 91; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 297; **Schwab/Gottwald**, s. 19. Bunun geniş anlamda maddi kanun olduğu şeklinde bkz. **Atar**, Anayasa, s. 201.

⁵³¹ **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 5; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 1-5; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 545, Kn. 3; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 545, Kn. 10; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 545, Kn. 9-10; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 833.

⁵³² AYM- *Ahmet Önder ve Diğerleri*, 10/2/2021 T., B. No: 2018/23929, § 47: “Müdahalenin kanuna dayalı olması öncelikle şekli manada bir kanunun varlığını zorunlu kılar. Şekli manada kanun, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından Anayasa’da belirtilen usule uygun olarak kanun adı altında çıkarılan düzenleyici yasama işlemidir. Hak ve özgürlüklere müdahale edilmesi ancak yasama organınca kanun adı altında çıkarılan düzenleyici işlemlerde müdahaleye imkân tanıyan bir hükmün bulunması şartına bağlıdır. TBMM tarafından çıkarılan şekli anlamda bir kanun hükmünün bulunmaması hakka yapılan müdahaleyi anayasal temelden yoksun bırakır (*Ali Hıdır Akyol ve diğerleri* [GK], B. No: 2015/17510, 18/10/2017, § 56)”. Öte yandan kanunla öngörülme kriteri açısından AYM’ye ve İHAM’a göre bulunması gereken kriterler açısından bkz. AYM- *Bülent Polat*, 10/12/2015 T., B. No: 2013/7666, § 74 “AİHM içtihatlarında ifade edilen kanunla öngörülme kriteri, kendi içinde üç temel prensibi içermektedir. İlk olarak müdahale teşkil eden eylem, mevzuatta yer alan bir düzenlemeye dayanmalıdır. İkinci olarak bu düzenlemenin mutlaka şekli anlamda kanunla yapılması zorunlu olmayıp anılan şart, devletin temel hak ve özgürlüklere müdahalesi için kendisine yetki veren bir hukuk kuralının varlığı şeklinde anlaşılmalıdır. Keza müdahalenin dayanağını teşkil eden düzenleme, ilgili kişi açısından yeterli derecede ulaşılabilir olmalıdır. Son olarak söz konusu düzenleme, hitap ettiği kişiler bakımından davranışlarını ona göre yönlendirme ve belli koşullar çerçevesinde eylemleri neticesinde meydana gelebilecek sonuçları öngörebilmeye olanak sağlayacak açıklıkta olmalıdır (*Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 5947/72, 25/3/1983, §§ 86-88).

olduğunu belirtmiştir⁵³³. Yine Anayasa Mahkemesi başka bir kararında, dava açma süresinin içtihat yoluyla iki yıl ile sınırlandırılmasının kanunilik şartını taşımadığı ve mahkemeye erişim hakkının ihlal ettiğini ifade etmiştir⁵³⁴. Kanun yolu mahkemesi de, bu bağlamda, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının şekli anlamda kanuna dayanıp dayanmadığını, hukuka aykırılık kapsamında denetleyebilir⁵³⁵.

C. Uluslararası Hukuk (Sözleşmeler)

Uluslararası hukukun kaynakları konusunda gerek öğreti gerekse de yargı kararlarında genellikle Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün m. 38/1'de sayılan kaynaklar esas alınmaktadır. Buna göre uluslararası hukukun kaynakları; genel veya özel uluslararası antlaşmalar, uluslararası teamül (örf ve adet), uygar milletlerce kabul edilen genel hukuk ilkeleridir. Yardımcı kaynak olarak da yargı kararları ve öğreti kullanılır. Alman hukukunda, uluslararası hukukun genel kuralları, Anayasanın 25. Maddesi⁵³⁶ ile Alman hukukuna aktarılmıştır. Uluslararası antlaşmalar, Anayasanın 59. maddesi uyarınca ilgili ulusal onay kanunu ile ulusal hukuka dönüştürülür⁵³⁷. İsviçre Anayasası m. 5/4'e göre; Konfederasyon ve kantonlar uluslararası hukuka riayet eder. Yine aynı Anayasanın 190. maddesine göre, Federal kanun ve uluslararası hukuk Federal Mahkeme ve hukuku uygulayan diğer makamlar için

⁵³³ AYM- *Ahmet Önder ve Diğerleri*, 10/2/2021 T., B. No: 2018/23929, § 50-53: “Mahkemenin dayanmış olduğu Tüzük hükümlerinde; tapu kütüğündeki yazım hatalarının düzeltilmesi için müdürlüklere başvuru yapılmasının zorunlu olduğu hususuna yer verilmiş, ayrıca ret kararı üzerine tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde müdürlüğün bağlı bulunduğu bölge müdürlüğüne, bölge müdürlüğünün kararına karşı da tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde genel müdürlüğe itiraz edilebileceği ifade edilmiştir. Yukarıda yer alan ilkelerde temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği belirtilmesine karşın somut olayda kanuna dayanmayan ve Tüzük hükümleriyle getirilen dava şartı uyarınca başvuruçuların dava açma haklarına müdahalede bulunduğu ve bu suretle söz konusu hakkın sınırlandırıldığı görülmektedir. Buna göre somut olayda ilk derece mahkemesinin Tüzük'te belirtilen yasal başvuru ve itiraz prosedürü tamamlanmadan dava açıldığı gerekçesiyle davayı usulden reddetmesinin kanuni dayanağının bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir”.

⁵³⁴ AYM- *Yahya Özey*, 22/9/2016 T., B. No: 2014/11141, § 56-63.

⁵³⁵ Yargıtay HGK, 17/10/2019 T., 2019/327 E., 2019/1072 K. “...Hemen belirtilmesi gerekir ki; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun Fon alacağına yüklediği hukuki statü, temel hak ve özgürlüklere yönelik kısıtlamaları bünyesinde bulundurduğu için Fon'un hangi alacaklarının “Fon alacağı” kapsamında olduğunun sadece kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle 5411 sayılı Bankacılık Kanunu dışındaki şekli anlamda kanunlarla da Fon alacağı ihdas edilmesinin önünde bir engel bulunmamakla birlikte alt düzenleyici işlemlerle özel himaye rejimine tabi Fon alacağı ihdas edilemeyecektir...”

⁵³⁶ Federal Alman Anayasası m. 25'e göre; uluslararası hukukun genel kuralları federal hukukun bir parçasıdır. Bu kurallar, yasalardan üstündür ve Federasyonun topraklarında oturanlar için doğrudan hak ve yükümlülükleri doğururlar.

⁵³⁷ *Rüthers/Fischer/Birk*, Kn. 221; *Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick*, GG Art. 20, Kn. 60.

belirleyicidir⁵³⁸. Hukukumuzda uluslararası hukukun kaynaklarından uluslararası sözleşmeler açıkça AY m. 90'da düzenlenmiştir. Bunun dışında anayasanın çeşitli maddelerinde uluslararası (milletlerarası) hukuka atıfta bulunulmuştur⁵³⁹. Anayasamızda ve diğer yasal düzenlemelerde uluslararası hukukun genel ilkeleri konusunda açık bir düzenleme olmamakla birlikte, bu ilkeler (iyi niyet, hakkın kötüye kullanılmaması, ahde vefa (sözleşmeye bağlılık), kazanılmış haklara saygı, hâkimin hukuku bilmesi, kesin hükme saygı, karşı tarafın da dinlenilmesi gerektiği, kimsenin kendi davasının hâkimi olamayacağı gibi)⁵⁴⁰ çoğunlukla, ulusal hukukumuzda da hukukun genel ilkeleri kapsamında kabul edildiğinden⁵⁴¹ ve dahi pozitif hukuk kapsamında düzenlendiğinden, hukukumuz bakımından da, bu bağlamda, kaynak vazifesi görürler⁵⁴².

Anayasa m. 90/5'e göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Bunlar hakkında anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası sözleşme hükümleri esas alınır. Buna göre, uluslararası sözleşmeler bakımından, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlar ile olmayanlar şeklinde bir ayırım yapılmıştır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan uluslararası sözleşmeler, usulüne göre yürürlüğe konulduğunda, kanunla eşdeğer niteliktedir⁵⁴³. Kanun ile bu nitelikte uluslararası sözleşme hükmünün çelişmesi halinde, öncelikle, kanunun olası anlam sınırları dahilinde sözleşmeye uygun yorum mümkün ise, bu yorum sonucunun seçilmesi gerekir⁵⁴⁴. Bu,

⁵³⁸ İsviçre hukuku bakımından uluslararası hukukun kaynakları ve yorumu için bkz. **Kramer**, Methodenlehre, s. 134-135; **BK ZGB - Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 282 vd.

⁵³⁹ Bkz. örneğin AY m. 15, 16 ve m. 92.

⁵⁴⁰ Bu ilkeler ve uluslararası hukukun genel ilkeleri hususunda detaylı olarak bkz. **Büyük, Mehmet Emin**, Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri, İstanbul 2018, s. 175 vd.

⁵⁴¹ Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararlardan tespit edilen hukukun genel ilkelerinden bazıları şunlardır: iyi niyet, ahde vefa (sözleşmeye bağlılık), kazanılmış haklara saygı, kanunların kamu yararına dayanması, kanunların geriye yürümezliği, kesin hükme saygı ilkesi. Bu ve diğer ilkeler ile bu konudaki Anayasa Mahkemesi kararları için detaylı olarak bkz. **Yüzbaşıoğlu, Necmi**, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul 1993, s. 18-24.

⁵⁴² **Özbudun**, s. 383.

⁵⁴³ **Pazarcı, Hüseyin**, Uluslararası Hukuk, 8. Bası Ankara 2009, s. 26-27; **Özbudun**, s. 385; **Atar**, Anayasa, s. 383; **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 279; **Bolayır**, Hukuk, s. 151; Yargıtay HGK, 07.12.2011 T., 2011/10-684 E., 2011/742 K.; Yargıtay HGK, 30.04.2019 T., 2017/1834 E., 2019/501 K. Farklı yönde bkz. **Yüzbaşıoğlu**, s. 57-61.

⁵⁴⁴ Yargıtay, "...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı

mümkün olduğunca Türk hukukunun, bu süreçte Türkiye'nin uluslararası hukuki yükümlülükleri ihlal edilmeyecek şekilde yorumlanması anlamına gelir⁵⁴⁵. Şayet kanun hükmü ile uluslararası sözleşme hükmü arasındaki çelişki, bu şekilde yorum yoluyla uyumlaştırılmayacak nitelikte ise, kanunların çatışmasına ilişkin kurallara göre, yani önceki-sonraki düzenleme veya genel düzenleme-özel düzenleme kriterleri uygulanarak sonuca varılması gerekir⁵⁴⁶.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler, usulüne göre yürürlüğe konulduğunda, kanun hükmündedir (AY m. 90/5). Ancak 2004 yılında yapılan değişiklik ile⁵⁴⁷ bu nitelikte sözleşme hükümlerinin kanunlarla çatışması halinde farklı bir çözüm tarzı benimsenmiştir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme hükmü ile kanun hükmünün çelişmesi durumunda da, hâkimin kanunun olası anlam sınırları dahilinde sözleşmeye uygun yorum mümkün ise, bu yorum sonucunu seçmesi gerekir. Fakat kanun hükmü ile bu nitelikte uluslararası sözleşme hükmü arasındaki çelişki, bu şekilde yorum yoluyla uyumlaştırılmayacak nitelikte ise, hâkimin ilgili sözleşme hükmünü esas alıp, ona göre karar vermesi gerekir (AY m. 90/5). Yargıtay'da, farklı formülasyonlarla, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleri ile kanun hükmünün çatışması halinde, bu nitelikte sözleşme hükmünün uygulama önceliğine sahip olduğunu belirtmektedir⁵⁴⁸. Anayasa

hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır" hükmü yer almaktadır. Bu durumda mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlıklarda, usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar ile iç hukukun birlikte yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir..." diyerek bu hususa işaret etmektedir (Yargıtay HGK, 30/04/2014 T., 2013/4-1111 E., 2014/571 K.; Yargıtay HGK, 30/04/2019 T., 2017/1834 E., 2019/501 K.). İsviçre Federal Mahkemesi, "Kanunlar sadece anayasaya uygun değil, aynı zamanda uluslararası sözleşmeye uygun şekilde yorumlanmalıdır. Yani şüphe durumunda her iki hukuk düzeni arasındaki çatışma mümkün olduğunca önlenmelidir." demek suretiyle bu hususu vurgulamaktadır (BGE 94 I 669, 678 (E. 6a); BGE 117 Ib 367, 373 (E. 2f)).

⁵⁴⁵ Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Engisch**, Einführung s. 125-126, dp. 51.

⁵⁴⁶ **Atar**, Anayasa, s. 383. Yargıtay HGK 18/05/2011 T., 2011/10-254 E., 2011/321 K.: "...Anayasa; böylece uluslararası sözleşmenin bir kuralını iç hukuk açısından "Yasa" gücünde görmüş "normlar hiyerarşisi" yönünden daha alt sırada kabul etmemiştir. Bu durumda denilebilir ki, uluslararası sözleşmenin bir kuralına, uygulanma açısından yasal güç tanımak Anayasal bir zorunluluktur. Hal böyle olunca; yasa gücündeki iki düzenlemeden uygulamada hangisine öncelik tanınacaktır sorusunu cevaplandırmak gerekir. "Yasaların çatışması" olarak adlandırılan bu gibi durumlarda; "a) Sonraki norm, öncekinin yerini alır (Lex Posterior deraget priori); b) Özel Kanun, genel Kanundan önce gelir (Lex specialis per generalem non derogatur ; c) Açık anlamlı norm, kapalı anlamlı normdan önce gelir" biçiminde kabul edilen temel ilkelerden yararlanılarak sonuca ulaşılması gerekmektedir..."

⁵⁴⁷ Bu değişiklik hakkında detaylı olarak bkz. **Aybay, Rona**, Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, TBBD, S. 70, 2007, s. 193 vd.

⁵⁴⁸ Yargıtay HGK, 09/12/2015 T., 2015/1824 E., 2015/2903 K.: "...2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesinde 5170 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda, uluslararası temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümlerinin iç hukuk hükümleri ile çatışması halinde sözleşmeye öncelik verilmesi esası kabul edilmiştir. Bu kapsamda, "sosyal güvenlik hakkı"nın temel hak ve özgürlükler kapsamında bulunduğu AİHM kararlarıyla

Mahkemesi ise, pek çok kararında, AY m. 90/5 hükmünün zımnen ilga kuralı olduğunu, kanun ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükmü arasında bir çatışma olması halinde, kanunun zımnen ilga edildiğini ve hâkimin doğrudan sözleşme hükmüne göre karar vermesi gerektiğini belirtmektedir^{549/550}.

Son olarak, unutulmamalıdır ki, hem temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan hem de olmayan uluslararası sözleşme hükümlerinin yukarıda anlatıldığı şekilde hâkim tarafından kararına esas alınabilmesi için, bu sözleşme hükümlerinin doğrudan uygulanabilir nitelikte olması gerekir. Bu da ancak, ilgili düzenlemenin içeriğinin somut olayda bir kararın temelini oluşturmaya yetecek ölçüde belirli ve açık olması halinde söz konusu olur. Ayrıca ilgili norm kendisinden hak çıkarılabilir nitelikte (*justiziabel*) olmalıdır, yani söz konusu normda bireyin hakları ve yükümlülükleri tanımlanmalı ve normun muhatabı da hukuku uygulayan yetkililer olmalıdır⁵⁵¹. Doğrudan uygulanabilir uluslararası sözleşmelere başlıca örnek olarak, İnsan

belirgin bulunmaktadır...”. Yargıtay HGK, 30/09/2015 T., 2014/889 E., 2015/2011 K.: “...Anayasa’nın 90. maddesine göre usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarda yer alan düzenlemelerin kanun hükmünde olduğu belirtilerek, 7/5/2004 tarihinde yapılan değişiklikle fıkraya eklenen son cümle ile, hukukumuzda kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi ihdas edilmiş ve aralarında uyumsuzluk bulunması halinde antlaşmalara öncelik tanınacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme uyarınca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir antlaşma ile bir kanun hükmünün çatışması halinde, uluslararası antlaşma hükmünün öncelikle uygulanması gerekir. Bu durumda başta yargı mercileri olmak üzere, birbiriyle çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası antlaşma hükmü ile bir kanun hükmünü önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan uygulayıcıların, kanunu gözardı ederek uluslararası antlaşmayı uygulama yükümlülükleri vardır...”. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümlerinin öncelikle uygulanması bakımından aynı yönde bkz. Yargıtay HGK, 18/1/2017 T., 2016/2186 E., 2017/33 K.

⁵⁴⁹ AYM- *Sevim Akat Eşki*, 19/12/2013 T., B. No: 2013/2187, § 44 - § 46. Aynı yönde: AYM- *Gülsim Genç*, 6/3/2014 T., B. No: 2013/4439, § 39- § 41-; AYM- *Neşe Aslanbay Akbıyık*, 16/4/2015 T., B. No: 2014/5836, § 44 - § 46; AYM- *Adalet Mehtap Buluryer*, 16/10/2014 T., B. No: 2013/5447, § 47. Bu konuda detaylı olarak bkz. **Başlar, Kemal**, Uluslararası Anlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine, Sevin Toluner’e Armağan, 2004, s. 42 vd.; **Acar, Ali**, Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa Madde 90/5 Hakkındaki Zımni İlga Tespiti Ve İnsan Haklarına Dayalı (Yeni Bir) Yargısal Denetim, AHD, C. 6, S. 11, 2017, s. 149 vd.

⁵⁵⁰ Yargıtay’ da bazı kararlarında bu bağlamda zımni ilgadan bahsetmektedir. Bkz. örneğin Yargıtay HGK, 30/09/2015 T., 2014/889 E., 2015/2011 K.: “...Anayasa’nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkraya göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır. Direnmeye konu yargılama kapsamında verilen kararın 4721 sayılı Kanun’un 187. maddesine dayanarak verildiği anlaşılmaktadır. Ancak, yukarıda yer verilen tespitler ışığında ilgili Kanun hükmünün sözü edilen Sözleşme hükümleri ile çatıştığı görülmektedir. Bu durumda, uyumsuzluğu karara bağlayan ilk derece Mahkemelerinin, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları antlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun’un 187. maddesini kararlarına esas almayarak, başvuru konusu uyumsuzluk açısından Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği sonucuna varılmaktadır...”.

⁵⁵¹ **Aybay**, Uluslararası Antlaşmalar, s. 206-207; **Spühler/Vock**, s. 98; **BGG DIKE – Spühler**, Art. 95, Kn. 5; BGE 136 I 297, 307 (E.8.1); BGE 133 I 286, 291 (E.3.2).

Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS)⁵⁵² ile Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme⁵⁵³ gösterilebilir⁵⁵⁴.

D. Yabancı Hukuk

1. Genel Olarak

Hâkim, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk işlem ve ilişkileri bakımından Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) hükümlerine göre, uygulanacak hukuku tespit etmeli ve uygulamalıdır (MÖHUK m.1/1). Bu Kanun uyarınca uygulanması gereken hukuk, yabancı hukuk olabileceği gibi Türk hukuku da olabilir. Kanunlar ihtilafı kurallarınca uygulanması gereken yabancı hukuk, ülke içinde bir fiili/maddi mesele (vakıa) değil, hukuki mesele (hukuk) teşkil eder⁵⁵⁵. Yabancı hukuk kurallarının kanun yolunda tam denetimi, bunların ülke içerisinde yeknesak bir şekilde uygulanmasını garanti eder⁵⁵⁶,

⁵⁵² Yargıtay HGK, 30/09/2015 T., 2014/889 E., 2015/2011 K.: "...Belirtilen düzenleme uyarınca, uluslararası insan hakları hukukunun temel belgelerinden olan ve Türkiye'nin usulüne uygun olarak onaylayıp taraf olduğu Sözleşme iç hukukta doğrudan uygulanma kabiliyetini haizdir..."

⁵⁵³ Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 19 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılmıştır. Bu sözleşme Türkiye'de 23.12.2003 tarihinden itibaren hüküm doğurmaya başlamıştır.

⁵⁵⁴ **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 54; **Meyer**, Bundesgericht, s. 854, Kn. 5.2.

⁵⁵⁵ **Nomer, Ergin**, Davada Yabancı Kanun, İstanbul 1972, s. 32 vd.; **Nomer, Ergin**, Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, İstanbul 2017, s. 191; **Sivrihisarlı**, s. 43; **Akil**, Hukuk, s. 19; **Aybay, Rona/Dardağan, Esra**, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), İstanbul 2005, s. 102; **Çelikel, Aysel/Erdem, Bahadır**, Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Bası, İstanbul 2014, s. 172; **Şanlı, Cemal/Emre, Esen/İnci Ataman-Figenmeşe**, Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, İstanbul 2021, s. 69; **Doğan, Vahit**, Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı, 4. Baskı, Ankara, 2017, s. 206-207; **Bolayır**, Hukuk, s. 159-160; **Yaşar, Tuğçe Nimet**, Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 33, S. 2, 2013, s. 82; **Bydlinski**, Methodenlehre, s. 308-381; **Kralik, Winfried**, Das fremde Recht vor dem Obersten Gerichtshof, FS Hans W. Fasching, Wien 1988, s. 297 vd.; **Fasching**, Lehrbuch, s. 952, Kn. 1919; **Fasching**, Probleme des Revisionsverfahrens, s. 15-16; **Rechberger**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 271, Kn. 5; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 502, Kn. 22; **Delle-Karth, Gert**, Die Mangelhaftigkeit des Verfahrens im Berufungssystem des österreichischen Zivilprozessrechts, ÖJZ 1993, s. 24; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 502, Kn. 48-53; **Wiedemann, Ingeborg**, Die Revisibilität ausländischen Rechts im Zivilprozess, Nürnberg 1991, s. 82; **Schütze, Rolf A.**, Feststellung und Revisibilität europäischen Rechts im deutschen Zivilprozess, in: Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht, Tübinger Symposium für Baur, 1992, s. 93; **Spickhoff, Andreas**, Fremdes Recht vor inländischen Gerichten: Rechts- oder Tatfrage ?, ZZP 112 (1999), s. 286-287; **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 111; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 5; **Hübner, Rudolf**, Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten, Grundlagen und europäische Perspektiven der Ermittlung ausländischen Rechts im gerichtlichen Verfahren, Tübingen 2014, s. 75-76; **MüKoZPO/Prütting**, § 293, Kn. 1; **Eichel, Florian**, Die Revisibilität ausländischen Rechts nach der Neufassung des § 545 Abs. 1 ZPO, IPRax 2009, s. 390; **Jacobs, Matthias/Frieling, Tino**, Revisibilität ausländischen Rechts in den deutschen Verfahrensgesetzen - zugleich Besprechung des Beschlusses des Bundesgerichtshofs vom 4. Juli 2013-, ZZP 127 (2014), s. 138.

⁵⁵⁶ *Schwinge*'ye göre, yabancı hukuk bakımından kamunun ve mahkemelerin yeknesak bir yoruma ve uygulamaya duyduğu ihtiyaç, çoğu kez birçok milli hukuk normundan daha elzemdir. *Schwinge*, s. 71.

somut olay adaletinin, daha etkin bir hukuki himayenin ve güvenliğin sağlanmasına hizmet eder⁵⁵⁷.

Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular. Yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde hâkim, tarafların yardımını isteyebilir (MÖHUK m. 2/1). Uygulanması gereken yabancı hukukun olaya ilişkin hükümleri tüm araştırmalara rağmen tespit edilemezse, hâkim Türk hukukunu uygular (MÖHUK m. 2/2). Taraflara uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hâllerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır (MÖHUK m. 2/4). Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmü Türk kamu düzenine açıkça aykırı ise, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır (MÖHUK m. 5/1). HMK m. 33/1 uyarınca Türk hukukunu re'sen uygulaması gereken hâkimin, belirtilen bu (ve diğer) Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını da re'sen uygulaması gerektiği konusunda herhangi bir şüphe ya da tartışma söz konusu değildir⁵⁵⁸.

2. Uygulanacak Hukuk Düzeninin Tespitinde Hukuka Aykırılık

Alt derece mahkemesinin, önüne gelen hukuki uyuşmazlıkta yabancılık unsurunu hatalı bir şekilde değerlendirmesi ve bu nedenle aslında yabancılık unsuru bulunmasına rağmen bunu (ve dolayısıyla kanunlar ihtilafı kurallarını) göz ardı ederek doğrudan Türk hukukunu uygulaması veya yabancılık unsuru bulunmamasına rağmen hatalı bir şekilde kanunlar ihtilafı kurallarına başvurarak yabancı hukuku uygulaması hukuka aykırılık teşkil eder⁵⁵⁹.

Yabancılık unsuru barındıran bir uyuşmazlıkta, hangi hukuk düzeninin uygulanacağı, Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenir. Alt derece mahkemesinin, Türk kanunlar ihtilafı kurallarına aykırı olarak, Türk hukuku yerine yabancı hukuku veya yabancı hukuk

⁵⁵⁷ **Fasching**, Probleme des Revisionsverfahrens, s. 16-17; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 502, Kn. 50 ve § 503, Kn. 201; **Kralik**, Das fremde Recht, s. 300; **Widemann**, s. 180-181.

⁵⁵⁸ Yargıtay 11. HD, 16/9/1997 T., 1997/5344 E., 1997/5910 K. : "...Türk Kanunları uyarınca resen hüküm vermek zorunda olan hâkim (HUMK. 76-C.1) Kendi Kanunları ihtilafı Kurallarını re'sen uygular (2675 md. 2/1) Bu konuda ne doktrinde ve ne de mahkeme uygulamasında bir tereddüt görülmemiştir. Türk usul hukukunda tarafların veya ilgili tarafın Yabancı Kanunun tatbikini ileri sürmesi gerekli değildir. Hâkim aynen maddi hukukta olduğu gibi, tatbiki gereken Yabancı Kanunu Devletler Hususi Hukuku Kurallarına göre tesbit eder. Bu hâkimin resmi görevidir...".

⁵⁵⁹ **Şanlı/Emre/Ataman-Figenmeşe**, s. 67-68; **Erdoğan**, Yabancı Hukuk, s. 816-817; Yargıtay 11. HD., 24/3/2008 T., 2007/2089 E., 2008/3738 K. : "...Açıklanan bu yasal durum karşısında mahkemece, yabancılık unsuru taşıyan dava konusu çekten kaynaklanan işbu davada uygulanacak yabancı hukuk resen tespit edilerek, davacının davalı bankaya karşı dava açma hakkı bulunup bulunmadığının tespiti gerekirken, bu konuda bir araştırma yapılmadan Türk Hukuku'na göre karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir...".

yerine Türk hukukunu yahut yanlış yabancı hukuku uygulaması hukuka aykırılık teşkil eder⁵⁶⁰. Ayrıca, Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken yabancı hukukun, Türk hukukuna veya diğer bir yabancı hukuka atıfta bulunup bulunmadığının göz ardı edilmesi ve bu hususta hata yapılması da hukuka aykırılık meydana getirir⁵⁶¹. Yabancı hukukun içeriğinin tespiti mümkün olmasına rağmen, alt derece mahkemesi haksız bir şekilde yabancı hukukun içeriğinin tespitinin mümkün olmadığını kabul ederek, Türk hukukunu uygulamışsa MÖHUK m. 2/2'ye aykırı hareket etmiş olur ve bu bir hukuka aykırılık teşkil eder. Öte yandan hatalı bir şekilde uygulanacak yabancı hukukun sonucunun Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle yabancı hukuk yerine Türk hukuku uygulanmışsa MÖHUK m. 5/1 ihlal edilmiş olur⁵⁶². İlaveten, MÖHUK uyarınca taraflara hukuk seçimi yapma yetkisinin verilip verilmediği, böyle yetki verilip taraflarca kullanıldığı takdirde mahkemenin bu seçimi dikkate alıp almadığı da kanun yolunda hukuka aykırılık denetimine tabidir⁵⁶³. Tarafların uygulanacak

⁵⁶⁰ **Nomer**, Hususi Hukuk, s. 201; **Üstündağ**, Kanun Yolları, s. 20; **Kuru, Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 4535; **Doğan**, s. 213-214; **Akcan**, s. 28-29; **Sivrihisarlı**, s. 49-50; **Yavaş**, Temyiz, s. 75; **Pekcanitez**, Denetim, s. 226; **Akil**, Hukuk, s. 22; **Bolayır**, Hukuk, s. 360-361; **Erdoğan**, Yabancı Hukuk, 816-817; **Bulut**, Temyiz, s. 405-406. Alman hukuku kıyasen aynı yönde: **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 111; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 560, Kn. 8; **MüKoZPO/Krüger**, § 560, Kn. 4. İsviçre hukuku kıyasen aynı yönde: **HAP Bundesgericht – Münch/Luczak**, § 2, Kn. 2.73-2.76; **BSK BGG – Schott**, Art. 96, Kn.7.

⁵⁶¹ **Nomer**, Hususi Hukuk, s. 201; **Doğan**, s. 213-214.

⁵⁶² Yargıtay 9. HD, 20/4/2022 T., 2022/3913 E., 2022/4917 K. : “...Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 5. maddesine göre, yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır. Kamu düzeni müdahalesi sınırlı ve istisnâî niteliktedir. Türk kamu düzeninin ihlâlîni gerektirecek hâller, çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlâlî halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlâlî halinde veya her emredici hükmü ihlâl eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, E. 2010/1 K. 2012/1 T. 10.02.2012). Örneğin, ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin, fazla mesai, hafta ve genel tatil alacaklarına ilişkin hükümler iç hukukumuz bakımından emredici nitelikte olmakla birlikte, bunlara dair yabancı hukukun farklı düzenlenmeleri, sırf farklılıkları nedeniyle somut uyumsuzlukta ortaya çıkan durum değerlendirilmeden Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 5 uyarınca kamu düzeni müdahalesine neden olmaz. Keza uygulanması gereken yabancı hukukun işçiye Türk hukukundan daha az koruma getirmesi de tek başına kamu düzeni müdahalesi için yeterli bir sebep değildir. Kanunlar ihtilâfı hukukundaki kamu düzeni anlayışı, iç hukukun kamu düzeni anlayışından farklı ve daha dar kapsamlıdır. Bir yabancı hukuk kuralı Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine aykırı olması halinde kamu düzenimize aykırılığı söz konusu olabilir (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, E. 2010/1 K. 2012/1 T. 10.02.2012). Örneğin yabancı hukukun, küçük çocukların çalışmasına ya da ücret ve diğer haklarda ırka dayalı ayrımcılık yapılmasına izin vermesi kamu düzenimize aykırıdır...”

⁵⁶³ Yargıtay 9. HD, 29/3/2022 T., 2022/1826 E., 2022/4107 K. : “...Tüm bu hususlar dikkate alındığında, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 27/1. hükmü kapsamında davacının 08.10.2012-18.08.2014 tarihleri arası Irak’ta yaptığı çalışmalar yönünden taraflar arasında bir hukuk seçimi anlaşması bulunduğundan, ilgili dönemde Irak hukukunun uygulanması gerekmektedir. Hal böyle olunca, gerekirse Irak hukukunda uzman bir bilirkişiden de rapor alınmak suretiyle, dava konusu uyumsuzluk bakımından değerlendirme yapılması ve dosya kapsamındaki delil durumu birlikte değerlendirilerek sonucuna

hukuku seçme yetkisinin olmadığı bir uyuşmazlıkta mahkemenin taraflara böyle bir seçim hakkı tanıyarak, tarafların seçtiğinden bahisle Türk hukukunu uygulaması da hukuka aykırıdır⁵⁶⁴.

3. Yabancı Hukukun Tespitinde Hukuka Aykırılık

Hâkimin, içerisinde yabancılık unsuru barındıran uyuşmazlıkta, re'sen uyguladığı Türk kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca, yabancı hukukun uygulanması gerektiğini doğru bir şekilde belirlemesine rağmen, uygulamak zorunda olduğu bu yabancı hukukun içeriğini eksik veya hatalı bir biçimde tespit etmesi, hukuka aykırılık teşkil eder⁵⁶⁵. Yabancı hukukun içeriğini hâkim re'sen tespit etmelidir. Hâkim, bu içeriği tespit ederken, taraflardan yardım isteyebilir (MÖHUK m. 2/1-2). Bu bağlamda bir ispat yükü değil, sadece tarafların bir yardım ödevi mevcuttur⁵⁶⁶. Ayrıca, hâkimin yabancı hukukun içeriğini tespit için yapmış olduğu faaliyet teknik anlamada bir delil ikamesi faaliyeti de değildir. Zira bu halde bir vakıanın (fili meselenin) değil, hukuk kuralının tespiti söz konusudur⁵⁶⁷. Yabancı hukuk kurallarının tespitinde hâkim tarafların getirdiği delillerle sınırlı ve bağlı değildir. Mahkeme bu kuralların tespiti için diğer bilgi kaynaklarını kullanmaya ve bu kullanım amacı için gerekli olan işlemleri

göre bir karar verilmesi gerekmektedir. Bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir..”.

⁵⁶⁴ Yargıtay 2. HD, 16/10/2019 T., 2019/4761 E., 2019/10295 K.: “..Tarafların ikisinin de dava tarihi itibarı ile İngiliz vatandaşı oldukları anlaşılmaktadır. Buna göre dava, tarafları bakımından "Yabancılık" unsuru taşımaktadır. Bu durumda davada uygulanacak hukuk, 5718 sayılı Kanun hükümlerine göre tespit edilecektir (5718 s. MÖHUK m. 1). Bu Kanuna göre, boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, eşlerin müşterek milli hukukuna tabidir. (MÖHUK m. 14/1) Hâkim, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku, tarafların bu hususta bir isteği olup olmadığına bakmaksızın re'sen uygulamak zorundadır (5718 s. MÖHUK m. 2/1). Taraflar İngiliz vatandaşı olduklarına göre boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümlerinde yetkili hukuk müşterek milli hukukları olan İngiliz hukukudur. O halde; taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde İngiliz hukuku uygulanması gerekirken mahkemece, tarafların Türk hukukunu uygulanmasını talep ettikleri gerekçesiyle Türk hukukunun uygulanarak hüküm tesis edilmesi doğru değildir. Hükmün bu sebeple bozulmasına karar vermek gerekmiştir...”.

⁵⁶⁵ **Ansay**, s. 351; **Nomer**, Yabancı Kanun, s. 135; **Kuru**, C. 5, s. 4535; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s.470; **Kuru**, HMK El Kitabı, C. 2, s. 1396; **Akcan**, s. 28-29; **Sivrihisarlı**, s. 49-50; **Yavaş**, Temyiz, s. 75; **Pekcanitez**, Denetim, s. 226; **Öztekin**, Şerh, s. 668; **Akil**, Hukuk, s. 22; **Bolayır**, Hukuk, s. 360-361; **Erdoğan**, Yabancı Hukuk, 816-817; **Bulut**, Temyiz, s. 405-406; **Ekşi**, **Nuray**, Yabancı Hukukun Tespiti Ve Uygulanması Mukayeseli Bir İnceleme, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 3, S. 1, 2014, s. 37 vd.; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 560, Kn. 7; **MüKoZPO/Krüger**, § 560, Kn. 3; **AK-ZPO/Ankermann**, § 562, Kn. 1; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 560, Kn. 4; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 545, Kn. 7; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 545, Kn. 10; **MüKoZPO/Prütting**, § 293, Kn. 67.

⁵⁶⁶ **Umar/Yılmaz**, s. 20-22; **Atalay**, **Oğuz**, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 19-20; **Nomer**, Hususi Hukuk, s. 195-196; **Doğan**, s. 212-213; **Akil**, Hukuk, s. 20; **Şanlı/Emre/Ataman-Figenmeşe**, s. 75-76.

⁵⁶⁷ **Kralik**, Das fremde Recht, s. 307; **Rechberger**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 271, Kn. 1.

yapmaya yetkili ve ödevlidir. Bu bağlamda hâkimin geniş bir hareket alanı söz konusudur⁵⁶⁸. Hâkim, ilgili yabancı hukukun içeriğini, bu konudaki yetkinliği de ortaya koyarak, bizzat tespit edebilir⁵⁶⁹. Ayrıca hâkim, Türkiye'nin de taraf olduğu Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesini kullanarak bilgi talep edebilir, doğrudan Adalet Bakanlığı'nın ilgili Genel Müdürlüğü aracılığıyla bilgi edinebilir, kurallarına ihtiyaç duyulan ülkedeki Türkiye elçilik ve konsolosluklarından yardım talep edebilir veya uygulanacak yabancı hukukun ait olduğu ülkenin Türkiye'deki elçilik ve konsolosluklarından yardım isteyebilir. Hâkim ayrıca, uygulanacak yabancı hukukun içeriğini tespit hususunda bilirkişiden⁵⁷⁰ veya uzman görüşünden istifade edebilir⁵⁷¹.

Hâkimin, yabancı hukuku tespit görevini gereğine uygun olarak yerine getirmemesi, özellikle erişebileceği bilgi kaynaklarına başvurmaması, yabancı hukukun tespitini sadece taraflara yüklemesi⁵⁷² veya taraflarca yabancı hukukun içeriği hakkında kendisine sunulan bilgi kaynaklarını gerekçesiz bir şekilde kullanmaması MÖHUK m. 2'yi ihlal eder ve dolayısıyla

⁵⁶⁸ **Nomer**, Hususi Hukuk, s. 196; **Şanlı/Emre/Ataman-Figenmeşe**, s. 76.

⁵⁶⁹ **MüKoZPO/Prütting**, § 293, Kn. 67; **Wiedemann**, s. 107.

⁵⁷⁰ **Toraman, Barış**, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, 2017, s. 164; **Atalı, Murat**, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki Konularda Bilirkişilik, AÜHFD 2016, C.LXV, S.4, s. 3281; **Bolayır**, Hukuk, s. 172. Yargıtay HGK, 26/3/2019 T., 2017/12-367 E., 2019/350 K.

⁵⁷¹ **Şanlı/Emre/Ataman-Figenmeşe**, s. 76-77; **Nomer**, Hususi Hukuk, s. 196-197; **Bolayır**, Hukuk, s. 165 vd. Yargıtay 8. HD., 26/5/2011 T., 2010/5330 E., 2011/3103 K.: "...Taraflar Türk vatandaşı olmadıklarına, dosyadaki bilgi ve belgeler ile Alman vatandaşı olduklarına göre mal rejimleri konusunda kendilerine ait milli hukuklarında yer alan hükümlerin uygulanması gerekir. O halde davada; hukuki ilişkinin tarafları (öznesi) yönünden, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunda düzenlenmiştir. (MÖHUK m. 1) Hâkim Türk Kanunları İhtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular. (MÖHUK m. 2/1)... O halde mahkemece yapılacak iş; öncelikle tarafların kendi milli hukukunda bulunan konuya ilişkin tercüme edilmiş kanun maddeleri, ilgili bilgi ve belgeler ile olayın çözümü için gerekli olan tüm dokümanları mahkemeye sunmaları için taraflara süre ve imkan tanınması, gerekirse Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi hükümlerinden de yararlanılması, bundan ayrı Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünden Alman Medeni Kanununda yer alan yasal mal rejimiyle ilgili tüm kanun maddeleri ile bilgi ve belgelerin mahkemeye gönderilmesinin istenmesi, bu konuda anılan genel müdürlüğe yöntemine uygun bir biçimde yazı yazılması, 5718 sayılı MÖHUK m. 1, 2, 5 ve 15. maddelerinin olayın çözümünde göz önünde tutulması, tarafların milli hukukuna göre gerekli bilgi ve belgeler ile kanun maddelerinin Türkçe örnekleri sağlandıktan sonra dosya tomarıyla birlikte Devletler Hususi Hukuk ve Medeni Hukuk konusunda uzman iki akademisyene verilmek suretiyle olayın çözümüne ve tarafların milli hukukuna uygun gerekçeli tarafların ve Yargıtay'ın denetimine açık rapor alınması, ondan sonra oluşacak duruma göre bir karar verilmesi gerekirken, tarafların milli hukuku göz ardı edilerek Türk Medeni Kanununa göre yapılan inceleme sonucu hüküm kurulmuş bulunması usul ve kanuna aykırıdır...". Uygulamada Yargıtay'ın bu kaynaklar hakkında yeknesak bir yaklaşımı mevcut olmayıp, somut duruma göre farklı kaynaklara başvurulması gerektiği yönünde kararlar vermektedir. Bu bağlamda kararlar için detaylı olarak bkz. **Nomer**, Hususi Hukuk, s. 197, dp. 213, **Ekşi**, s. 37 vd.

⁵⁷² Yargıtay 11. HD, 16/9/1997 T., 1997/5344 E., 1997/5910 K. : "...Mahkemece bozma kararında açıklanan Avusturya Hukukunun resen aranıp uygulanması gerekirken bu külfetin yasaya aykırı şekilde sadece davacıya yükletilmesi doğru olmadığından davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerekmıştır...".

hukuka aykırılık teşkil eder. Ayrıca alt derece mahkemesi hükmünden, hangi hukuk sisteminin uygulandığı veya mahkemenin uyguladığı yabancı hukuk kuralının gerçekten mevcut olup olmadığı anlaşılamıyorsa, yabancı hukuk eksik veya hatalı tespit edilmiş olur⁵⁷³.

4. Yabancı Hukukun Uygulanmasında Hukuka Aykırılık

Doğru bir şekilde tespit edilen yabancı hukukun eksik veya hatalı uygulanması da hukuka aykırılık oluşturur ve kanun yolu denetimine tabidir⁵⁷⁴. Kanun yolu mahkemesi, hukuka aykırılık sebebi çerçevesinde, alt derece mahkemesi tarafından uygulanan yabancı hukukun mevcut olup olmadığını, içeriğinin tam ve doğru tespit edilip edilmediğini, somut olarak yapılan yorumunun isabetli olup olmadığını ve doğru uygulanıp uygulanmadığını denetleyebilir. Yargıtay, çeşitli kararlarında, yabancı hukukun denetime elverişli bir şekilde tespit edilmemesi gerekçesiyle alt derece mahkemesi kararlarını bozarak, dolaylı olarak, tespit edilen yabancı hukukun uygulanmasının denetimini yapabileceğini ifade etmiştir⁵⁷⁵. Yargıtay eski tarihli bir kararında ise, açıkça alt derece mahkemesinin yabancı hukuku doğru uygulayıp

⁵⁷³ **Wiedemann**, s. 102-103; **Pfeiffer, Thomas**, Die revisionsrichterliche Kontrolle der Anwendung ausländischen Rechts, NJW 2002, s. 3307; **MüKoZPO/Krüger**, § 560, Kn. 3.

⁵⁷⁴ **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 835; **Pekcanıtez**, Denetim, s. 226-227; **Sivrihisarlı**, s. 49-50; **Kuru**, HMK El Kitabı, C. 2, s. 1396; **Yavaş**, Temyiz, s. 75; **Öztek**, Şerh, s. 668; **Akil**, Hukuk, s. 22-23; **Bolayır**, Temyiz, s. 226; **Erdoğan**, Yabancı Hukuk, s. 832-833; **Bolayır**, Hukuk, s. 360-361; **Bulut**, Temyiz, s. 413; **Nomer**, Hususi Hukuk, s. 201-202; **Şanlı/Emre/Ataman-Figenmeşe**, s. 81; **Çelikel/Erdem**, s. 178, **Doğan**, s. 215; **Ekşi**, s. 53; **Yöney, Can**, Yabancı Hukukun Uygulanması, İstanbul 2018, s. 159. Aksi yönde bkz. **Üstündağ**, Kanun Yolları, s. 20-21. Olması gereken hukuk açısından aksi yönde bkz. **Tok**, Temyiz, s. 260.

⁵⁷⁵ Yargıtay 2. HD, 25/12/2007 T., 2006/21951 E., K. 2007/17742 K.: "...Yetkili hukukun, Alman hukuku olduğu konusu yerel mahkemenin de kabulündedir. Ancak, yetkili yabancı hukukun uyumsuzluğa uygulanacak muhtevası denetime elverişli şekilde belirlenmemiştir...". Yargıtay 2. HD, 29/9/2010 T., 2010/13616 E., 2010/15652 K.: "...Bu durumda mahkemece yapılacak iş; yetkili yabancı hukukun uyumsuzluğa uygulanacak içeriğini tespit etmek, gerektiğinde bu hususta tarafların yardımını istemek, yetkili yabancı hukukun içeriği denetime elverişli olacak şekilde belirlendikten sonra...". Yargıtay 8. HD., 26/5/2011 T., 2010/5330 E., 2011/3103 K.: "...Devletler Hususi Hukuk ve Medeni Hukuk konusunda uzman iki akademisyene verilmek suretiyle olayın çözümüne ve tarafların milli hukukuna uygun gerekçeli tarafların ve Yargıtay'ın denetimine açık rapor alınması, ondan sonra oluşacak duruma göre bir karar verilmesi gerekirken..."

uygulamadığını bizzat incelemiş ve yabancı hukuku yanlış yorumlayıp uygulayan alt derece mahkemesi kararını bozmuştur^{576/577}.

E. Eski Hukuk

Osmanlı döneminden kalan ve hala yürürlükte olan kanuna eşit metinler mevcuttur. Örneğin, 10 Haziran 1326 (1910) tarihli Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun hala yürürlüktedir. Yine Osmanlı döneminden kalan kanun-u muvakkatler de söz konusudur. Örneğin, 30 Teşrinisani 1330 (1914) tarihli Ecnebi Anonim ve Sermayesi Eshama Münkasım Şirketlerle Ecnebi Sigorta Şirketleri Hakkında Kanun-u Muvakkat⁵⁷⁸ hala

⁵⁷⁶ Yargıtay 2. HD, 18/3/1969 T., 6548/1610 (naklen: **Şanlı/Emre/Ataman-Figenmeşe**, s. 81-82) “...dava niteliğine göre, tarafların milli kanunu olan Yugoslav Medeni Kanunu’nun 58. Maddesine dayandığının kabulü gerekmektedir. Anılan madde ise (suiniyetle veya yetersiz sebeplerden dolayı terk edilen eş, terk gününden itibaren altı ay müddet geçtikten sonra boşanma isteyebilir) esası konmuştur. Bu maddeye dayanan davada, davalı aleyhine boşanma hükmü verilebilmesi için müşterek haneyi davalı eşin terk etmiş olduğunun, bu terkte suiniyetli bulunduğu hiçbir şekilde terk için yeteli sebeplerin bulunmadığının sabit olması lazımdır. Sadece altı ayı geçen fiili ayrılık boşanma sebebi sayılmamıştır...Boşanmaya hüküm verilmesi yolsuz görüldüğünden hükmün bozulmasına...”.

⁵⁷⁷ Tam olarak gelişen uluslararası ilişkiler istinaf mahkemesinin ötesinde, temyiz mahkemesince de yabancı hukukun yeknesak bir şekilde yorumlanması ve uygulanması zorunlu kılar. Ülke içerisinde uygulanan yabancı hukuk, sadece somut olay bakımında değil, aynı zamanda benzer olaylar bakımından da büyük öneme sahiptir. Diğer bir ifadeyle, milli hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda içtihatlar da yeknesaklığın garanti edilmesinin gerekçesi yabancı hukukun yorumlanması ve uygulanması için de geçerlidir. Yabancı hukuka aykırılıkların temyiz mahkemesince denetimi sadece hukuki birlik için değil, somut olay adaleti yönünde taraf menfaatleri için de gereklidir. Çünkü somut olayın tarafları, yabancı hukuka dayanan taleplerinin temyiz kanun yolunda tekrardan haklılık yönünden incelenmesi imkanını elde ederek, daha etkin bir hukuki himayeye kavuşurlar (**Widemann**, s. 180-181; **Prütting**, Die Überprüfung ausländischen Rechts, s. 452-454). Temyiz kanun yolunda yabancı hukukun uygulanmasında hatanın denetlenmemesi, farklı alt derece mahkemelerinin aynı yabancı hukuk kuralını kullandığı ancak bunu farklı yorumladığı ve anladığı durumlarda buna kayıtsız kalınması anlamına gelir ki, bunun artan sayıda yabancı hukuk ilişkileri de dikkate alındığında yaratacağı hukuki güvensizlik kabul edilemez. Yabancı hukukun uygulanmasının temyiz denetime kapalı olduğu Almanya’da, Federal Mahkemenin AMUK m. 293 üzerinden pratikte yapmış olduğu denetim, giderek artan bir şekilde tüm yabancı hukukun bir tür fiili olarak denetimi yönünde kaymaktadır (**Prütting, Hanns**, Die Überprüfung ausländischen Rechts in der Revisionsinstanz, FS Schütze, 2015, s. 454; **Riehm, Thomas**, Vom Gesetz, das klüger ist als seine Verfasser - Zur Revisibilität ausländischen Rechts, JZ 2014, s. 77; **Spickhoff**, s. 275, 290; **Pfeiffer**, Die revisionsrichterliche Kontrolle, s. 3307). *Stamm*’a göre temyiz avukatları, AMUK m. 293’ün kisvesi altında yabancı hukukun uygulanmasına itiraz etmek zorunda bırakılmaktadırlar (**Stamm**, s. 784). *Riehm*’e göre de, Federal Mahkeme, AMUK m. 293’e göre tespit itirazı adı altında yabancı maddi hukukun hatalı uygulanmasına yaptırım uygulamaktadır (**Riehm**, Zur Revisibilität, s. 77). Alman, Avusturya ve İsviçre hukukunda yabancı hukukun uygulanmasında hatanın denetimi için bkz. Dördüncü Bölüm.

⁵⁷⁸ Yargıtay 11. HD, 15/3/2012 T., 2012/2110 E., 2012/3915 K.: “...TMK.’nun 51. maddesine göre tüzel kişinin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yerdir. Davalı Ciments Français (CF) Fransa Kanunları uyarınca kurulmuş ve merkezi Fransa’da bulunan bir anonim şirkettir. Dolayısıyla davalının TMK.’nun 51. maddesi anlamında Türkiye’de bir yerleşim yeri yoktur. Bu noktada ayrıca 30 Teşrinisani 1330 tarihli Ecnebi Anonim ve Sermayesi Eshama Münkasım Şirketlerle Ecnebi Sigorta Şirketleri Hakkında Kanunu Muvakkat hükümlerinin incelenmesi gereklidir. Zira anılan Kanun’un 10. maddesi uyarınca, yabancı bir anonim şirketin Türkiye’de şubesinin veya acentesinin bulunduğu yer, o yabancı anonim şirketin kanuni ikametgahı (yerleşim yeri) sayılmaktadır. İstanbul Ticaret Sicil Müdürlüğü’nün mahkemeye sunulan cevabi yazılarından da anlaşıldığı üzere, davalı F3.’nin İstanbul Ticaret Sicil’inde bir kaydı bulunmamaktadır. Bu durumda davalının anılan Kanunu Muvakkat hükümleri anlamında da Türkiye’de bir yerleşim yeri yoktur...”.

yürürlüktedir. Yine Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkat (Memurların Yargılanmasına Dair Geçici Kanun) 1999 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. Ayrıca Osmanlı döneminden kalan nizamnameler de Cumhuriyet döneminde kanuna eşit sayılmıştır⁵⁷⁹. İşte bu dönemden kalan ve adı ne olursa olsun kanuna eşit kabul edilen bu düzenlemelerin hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanması, kanun yolu sebebi olarak hukuka aykırılık teşkil eder.

Öte yandan Osmanlı döneminde yapılan ve yürürlükten kalkan, ancak yürürlükte kaldığı dönemde meydana gelen ve tamamlanan olay ve ilişkiler bakımından günümüzde de uygulanması gereken eski hukuk kurallarının hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılık teşkil eder⁵⁸⁰.

F. Diğer Yazılı Pozitif Hukuk Kuralları

2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile, yürütme organın kanun hükmünde kararname yapma yetkisi kaldırılmış (mülga Anayasa m. 91), buna karşılık Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkarılması kabul edilmiştir (AY m. 104). Yine aynı Anayasa değişikliği ile AY m. 115 hükmü yürürlükten kaldırılarak tüzük çıkarılması uygulamasına son verilmiştir. Ancak, yine bu Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girdiği tarihte (09/07/2018) yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnamelerin, tüzüklerin, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmeliklerin ve diğer düzenleyici işlemlerin yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini koruyacağı ve yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnamelere

⁵⁷⁹ Gözler, Hukuka Giriş, s. 175; Atar, Anayasa, s. 208.

⁵⁸⁰ Budak/Karaaslan, Medeni Usul, s. 448, Kn. 111. Yargıtay 14. HD, 29/2/2016 T., 2015/2585 E., 2016/2423 K.: "...Yabancıların taşınmaz edinimi ve mirasçılığı Türk Hukukunda sıklıkla mevzuat değişikliklerine konu olmuş olup cumhuriyet öncesi dönemde 1868 tarihine kadar Osmanlı Devletinde bir kısım istisnalar hariç yabancı gerçek kişilerin taşınmaz mal edinmelerine ilişkin bir hak tanınmamıştır. 08.06.1868 tarihinde kabul edilen "Tebaa-i Ecnebiyenin Emlâke Mutasarrıf Olmaları Hakkında Kanun" (Safer Kanunu) ile buna dayalı imzalanan 09.06.1868 tarihli protokol uyarınca hicaz toprağı hariç ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... ve ... vatandaşlarının Osmanlı tebaasıyla eşit durumda bulundukları kabul edilmiş ve bu durum kapitülasyonların kaldırılması hakkındaki kanunun yürürlüğe girdiği 1914 yılına kadar devam etmiştir. 24.07.1923 tarihinde imzalanan Lozan Antlaşması ile yabancıların taşınmaz ediniminde karşılıklılık aranacağı hükmüne bağlanmıştır. 22.12.1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 35. maddesinde sınırlamaya ilişkin diğer kanuni hükümler saklı kalmak üzere ve karşılıklı olmak şartıyla yabancı gerçek kişilere Türkiyede taşınmaz edinme ve miras hakkı tanınmıştır. Türk Medeni Kanununun 598. maddesine göre başvurusu üzerine yasal mirasçı oldukları belirlenenlere sulh mahkemesince veya noterlikçe mirasçılık sıfatlarını gösteren bir belge verilir. 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğü ve uygulama şekli hakkında Kanunun 17. maddesine göre mirasçılık ve mirasın geçişi mirasbırakanın ölümü tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirlenir. 2644 sayılı Tapu Kanunu 29.12.1934 tarihinde yürürlüğe girmiş olup kanunun 35. maddesindeki sınırlama da yürürlüğe girdiği tarihten sonra itisap edilecek taşınmazlara şamildir. Murisin ölüm tarihinde yürürlükte olan yasa hükmü esas alınarak davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...". Aynı yönde bkz. Yargıtay 14. HD, 26/4/2017 T., 2017/66 E., 2017/3442 K.

karşı AY m. 152 uyarınca itiraz yoluna başvurulabileceği de düzenlenmiştir (AY Geçici m. 21/F)⁵⁸¹. Dolayısıyla söz konusu düzenlemeler, yürürlükten kalmadıkça hukuk kuralı olarak uygulanmaya devam edeceklerdir.

Yürürlükte kalan kanun hükmünde kararnameler bakımından hâkim, bunları kanunlar gibi uygulamak ve şartlarının oluşması durumunda, anayasaya aykırılık itirazı ile Anayasa Mahkemesine başvurmak yetkisi ve ödevi altındadır (AY m. 152; AY Geçici m. 21/F).

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda yer alan hükümlerin çelişmesi halinde hâkim, kanun hükümlerini uygulamalıdır (AY m. 104/17). Aksi halde, ilgili hukuk kuralının tespitinde hata yapmış olur. Somut vakıa bakımından herhangi bir kanun hükmü öngörülmemiş ve fakat Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılmışsa, hâkim, söz konusu Cumhurbaşkanlığı kararnamesini anayasa aykırı görürse (söz gelimi Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklara veya Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konulara ilişkinse (AY m. 104/17)) veya tarafların ileri sürdüğü anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulursa, itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurmalı ve bu konuda Anayasa Mahkemesinin vereceği karara göre hareket etmelidir (AY m. 152). Son olarak, TBMM'nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hale geleceği de unutulmamalıdır (AY m. 104/17).

Anayasanın mülga 115. maddesine göre tüzükler, Bakanlar Kurulu tarafından, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanuna aykırı olmamak ve Danıştay incelemesinden geçirilmek şartıyla çıkarılabilmektedir. Halen yürürlükte bulunan tüzükler bakımından hâkim, davada uygulanacak tüzük hükmünün kanuna aykırı olduğu kanısına varırsa, kanuna aykırı tüzük hükmünü değil, kanun hükmünü uygulamalıdır⁵⁸².

⁵⁸¹ Söz konusu Anayasa değişikliğine ilişkin 21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun için bkz. RG 11/02/2017-29976.

⁵⁸² **Seçkin**, Yorum, s. 143-144; **Seçkin**, Hukuk Kuralları, s. 93; **Kuru**, C. 2, s. 1927-1929; **Akil**, Hukuk, s. 14. Yargıtay 11. HD, 1/11/1976 T., 1976/6024 E., 1976/9292 K.: "...Bir Yasanın açık buyruğuna aykırı olan veya orada yasaklanmayan fakat yasanın buyruğundakinin aksine olan tüzük ve yönetmelikler geçerli değildir...Mahkeme bu durumda geçersiz olan tüzük yerine Anayasa'nın 132. maddesinin buyruğuna uyarak düzenleyici Hukuk İşleminde geçerli olan üstün kuralı Borçlar Yasasının 100. maddesini uygulamakla yükümlüdür. Adalet Mahkemesi, Hukuk Genel Kurulunun ve Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre, davayı durdurarak Tüzük veya Yönetmelik Kurallarının yasaya aykırı bölümünün iptali için yanların idare mahkemesinde dava açmasını isteyemez. Hukuk Genel Kurulunun 26.6.1963 günlü kararıyla Dairemizin 25.1.1963 gün ve E. 62/2038, K. 633 ve 25.5.1964 gün E. 963/11089, K.2980 ve 30.9.1969 gün ve E.6935, K. 8048 Sayılı Kararları bu yoldadır. O halde Kulübün Borçlar Yasasının 100. maddesiyle kendisine yüklenen bu yasal ödevi tüzüğün bir maddesine dayanarak red etmeye kalkışması yasa kuralına aykırı olup üstün olan kural uyarınca tüzük hükmü üçüncü kişileri bağlamaz. (Ce)nin zararı yasa kuralları uyarınca Kulübce ona

2017 değişikliğinden önceki Anayasa m. 124'e göre, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirlerdi. Bu dönemden kalan ve halen yürürlükte olan (AY Geçici m. 21/F) yönetmelik hükmünün kanuna (veya tüzüğe) aykırı olduğu kanısına varan hâkim, davada bu nitelikteki yönetmelik yerine kanun (veya tüzük) hükmünü uygulamalıdır⁵⁸³.

Anayasa m. 104/18'e göre; Cumhurbaşkanı, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilir. Bu bağlamda Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan yönetmelik kanuna aykırı ise, hâkim yönetmeliğe göre değil kanuna göre karar vermelidir. Yine Anayasa m. 124'e göre; Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Bu yönetmelikler bakımından da hâkimin, kanuna aykırı olan yönetmeliği değil, kanun hükmünü uygulayarak karar vermesi gerekir.

Bunların dışında idarenin karar, genelge, tamim gibi adlar altında adsız düzenleyici işlemleri ile soyut ve genel nitelikte kurallar içeren düzenlemeler yapması mümkündür⁵⁸⁴. Şayet bu düzenlemeler üçüncü kişilerin taleplerinin dayanağını da oluşturuyorsa veya bağlayıcı bir yasal yükümlölük yaratıyorsa, yani dışsal bir etkiye (*Außenwirkung*) sahiplerse, kanun yolu denetimi bakımından maddi anlamda bir hukuk kuralı olarak kabul edilirler⁵⁸⁵. Bu düzenlemelerin, normlar hiyerarşisinde kendisinden daha üstte yer alan normlara ve kanuna aykırı olup olmadığı hâkimce değerlendirilmeli ve kanuna aykırı düzenlemeler uygulanmamalıdır.

ödenir. Davalı yasa hükmüne göre rücu olanağı varsa adamına döner. Tüzüğün koyduğu kuralın aksi yolda olduğu benimsenmiş olsa bile sonuç budur..”.

⁵⁸³ **Seçkin**, Hukuk Kuralları, s. 93; **Kuru**, C. 2, s. 1929-1931; **Akil**, Hukuk, s. 14; **Bolayır**, Hukuk, s. 150. Yargıtay İBBGK, 22/3/1996 T., 1993/5 E., 1996/1 K.; Yargıtay HGK, 27/5/2021 T., 2017/2517 E., 2021/628 K.

⁵⁸⁴ **Atar**, Anayasa, s. 275.

⁵⁸⁵ **MüKoZPO/Krüger**, § 545, Kn. 3-4; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 545, Kn. 14-20; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 10; **Işıktaç**, Hukuk, s. 117. Karş. **Sivrihisarlı**, s. 27-28.

G. Örf ve Adet Hukuku

Örf ve adet hukuku kuralları da kanun yolu denetimi bakımından hukukun kapsamına dahildir ve bu kuralların ihlali, hukuka aykırılık teşkil eder⁵⁸⁶. Hâkim, TMK m. 1/2 uyarınca, kanunun, daha doğrusu yazılı pozitif hukuk kurallarının sözü ve özünden somut vakiya ilişkin uygulanabilir bir hüküm çıkarılamaması durumunda örf ve adet hukukuna göre karar vermelidir. Dolayısıyla, bu bağlamda kanunda bir boşluk bulunmadan hâkimin örf ve adet hukukuna göre karar vermesi, hukuka aykırılık teşkil eder^{587/588}. Bu nitelikte bir boşluğun varlığı halinde, hâkimin kararını dayandıracığı kuralın, örf ve adet hukuku kuralı⁵⁸⁹ niteliğini haiz olması gerekir. Bir uygulamanın/alışkanlığın/geleneğin/teamülün/adetin, örf ve adet hukuku kuralı olabilmesi için, toplumda uzun bir süre boyunca fiilen istikrarlı bir şekilde uygulanması (yerleşik hale gelmesi) ve toplumun ilgili kesimleri arasında bu kuralın hukuken bağlayıcı (yani bu kurala uymanın hukuken zorunlu) olduğuna dair bir inancın bulunması gerekir⁵⁹⁰. Bu şartları taşımayan bir kuralın/davranışın/uygulamanın, örf ve adet hukuku olarak kanun boşluğunu doldurmak üzere kullanılması, hukuka aykırıdır⁵⁹¹.

⁵⁸⁶ **Ansay**, s. 350; **Bilge/Önen**, s. 649; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 833; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 470; **Kuru**, C. 5, s. 4534; **Kuru**, HMK El Kitabı, C. 2, s. 1396; **Yavaş**, Temyiz, s. 75; **Pekcanitez**, Denetim, s. 225; **Öztek**, Şerh, s. 668; **Akil**, Hukuk, s. 24-25; **Akcan**, s. 28-29; **Sivrihisarlı**, s. 40-41; **Karlı**, Medeni Muhakeme, s. 806; **Bolayır**, Hukuk, s. 359; **Tanrıver**, Usul C. 2, s. 85; **Bulut**, Temyiz, s. 414-415; **Edis**, s. 110; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 7; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 14; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 4; **Seiler**, s. 197, Kn. 452; **BSK ZPO – Spühler**, Art. 310. Kn. 1; **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 46; **SHK BGG – Seiler**, Art. 95, Kn. 19-24.

⁵⁸⁷ **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 243-245; **Antalya**, HBK C. II, s. 206 vd. 209; **BK ZGB - Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 425; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 4; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 7; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 14.

⁵⁸⁸ Yargıtay HGK, 14/3/2001 T., 2001/182 E., 2001/242 K.: “...Davaya bakan mahkemenin kanun boşluklarını doldururken Devlet Müeyyidesiyle teyit edilmemiş olan örf ve adeti, bir başka deyişle Örf ve Adet Hukukunu göz önünde tutabilir. Nevarki somut olaydaki uyumsuzluğun çözümü yasa koyucu tarafından Maddi Hukuka ve Usul Hukukuna ilişkin kurallarla düzenlendiği gibi olaya ilişkin kurallarda da yasal bir boşluk bulunmamaktadır. Kaldı ki, taraflar yörede böyle bir örf ve adetin varlığını öne sürmedikleri gibi bu doğrultuda örf ve adetin bulunduğu da dosya içeriği ile kanıtlanmamıştır...”.

⁵⁸⁹ Örf ve adet hukuku için detaylı olarak bkz. **Işıktaç, Yasemin**, Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku, İstanbul 2009, s. 41 vd.; **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 233 vd.; **Antalya**, HBK C. II, s. 206 vd.; **Edis**, s. 96 vd.; **ZK ZGB- Dürr**, Art. 1-D, Kn. 418 vd.; **Özdamar, Demet**, Avrupa Sözleşmeler Hukuku’nda Ve Türk Borçlar Hukuku’nda Örf ve Âdetler İle Teamül ve Uygulamaların Yeri, DEÜHFD Şeref Ertaş’a Armağan, 2017, s. 111 vd.

⁵⁹⁰ **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 233, 238; **Antalya**, HBK C. II, Kn. 733; **BK ZGB - Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 417-418; **CHK ZGB - Middendorf/Grob**, Art. 1, Kn. 11; **OFK ZGB - Schwander**, Art. 1, Kn. 7; **ZK ZGB -Dürr**, Art. 1-D, Kn. 430-431; **Rüthers/Fischer/Birk**, Kn. 232; **Bydlinski**, Methodenlehre, s. 215.

⁵⁹¹ **BK ZGB - Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 422; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 14; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 7; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 4. Yargıtay 4. HD, 16/4/2015 T., 2014/8881 E., 2015/4867 K.: “...Örf ve adet kuralları, belli olay ve ilişkilerde toplumun bireylerince belli bir biçimdeki davranışın tekrarlanması ile meydana gelirler. Dolayısıyla, bir örf ve adet kuralının oluşabilmesi bu

Örf ve adet hukukunun boşluk bulunması halinde kanuna eşit bir hukuk kaynağı olarak sınıflandırılması, hâkimin bunu re'sen dikkate alması gerektiği anlamına gelir⁵⁹². Hâkim, örf ve adet hukukunu re'sen tespit edip uygulamalıdır⁵⁹³. Bu kapsamda hâkim, örf ve adet hukukunu belirlemek için hukuk literatürü, mahkeme kararları, ilgili tarafların açıklama ve eylemleri, yerel makamların beyanları ve bilirkişi görüşleri gibi birçok farklı kaynak kullanılabilir⁵⁹⁴. Kanun boşluğunun bulunması durumunda, hâkimin örf ve adet hukuku kurallarını tespit için gerekli araştırmayı yapmaması ve mevcut olan bir örf ve adet hukuku kuralını uygulamaması⁵⁹⁵ veya mevcut olmayan örf ve adet hukuku kuralını tespit edip uygulanması hukuka aykırılık teşkil eder⁵⁹⁶. Doğru bir şekilde tespit edilen örf ve adet hukuku kuralının yanlış yorumlanması ve uygulanması da hukuka aykırıdır⁵⁹⁷.

Örf ve adet kuralları/yerel uygulama/teamül/kullanım, kanun boşluğunu doldurmada kendisine başvurulacak örf ve adet hukuku kuralı niteliğinde değildir. Ancak pek çok kanun maddesinde kendilerine atıfta bulunularak bu kurallara yer verilmiştir⁵⁹⁸ (Örneğin TMK m.

kuralın uzun süre uygulanması ile mümkün olabilir (maddi unsur). Ayrıca, bu kurala uymak konusunda toplumda ortak bir inancın (psikolojik unsur) ve bu kurala uyulmaması durumunda bir yaptırım ile karşılaşılacağı konusunda bir kabulün olması (hukukilik unsuru) gerekir. Bunlar, kanunlarda olduğunun aksine yetkili bir otoritenin bilinçli bir işlemiyle vücut bulmazlar. Örf ve adet yazılı olmayıp, toplumsal vicdanda yaşamaktadır. Bu unsurlara ilaveten, örf ve adetin kanuna uygun olması gerektiği ileri sürülmekte ise de, bu koşul ancak aynı konuyu düzenleyen bir kanuni düzenlemenin bulunması halinde geçerli olabilecektir. Bu bağlamda, toplumumuzda ölen bir kişinin şehir dışında bulunan yakınlarına en kısa süre içerisinde ölümün haber verilmesi ve cenaze merasimine katılmak isteyen yakınlarının ulaşabilmesi için defin işleminin makul bir süre bekletilmesi hususunda uzun yıllardır oluşan ve süregelen bir örf ve adet vardır. Somut olayda da; davalının, babalarının ölümünü definden önce bizzat davacılara haber vermesi gerektiği hususunda, örf ve adet anlamında bir yükümlülüğü var ise de, davalının bu davranışı sadece toplum içerisinde hoş karşılanmayacak bir davranış olup, manevi tazminat ile sorumlu tutulmasını gerektirmez...”.

⁵⁹² **ZK ZGB - Dürr**, Art. 1-D, Kn. 428; **Sivrihisarlı**, s. 38-39; **Akil**, Hukuk, s. 24.

⁵⁹³ **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 241; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 309; **Işıktaç**, Örf ve Adet, s. 85; **Sivrihisarlı**, s. 38-39; **CHK ZGB- Middendorf/Grob**, Art. 1, Kn. 11; **SHK ZGB- Hausheer/Jaun**, Art. 1, Kn. 41; **BK ZGB- Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 422; **Akil**, Hukuk, s. 24; **Ülgen, Hüseyin/Helvaci, Mehmet/ Kaya, Arslan/Nomer-Ertan, N. Fusun**, Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2021, s. 116. Farklı yönde bkz. **Umar/Yılmaz**, s. 21-23; **Ansay**, s. 149; **Edis**, s. 110; **Kuru**, C. 2, s. 1967.

⁵⁹⁴ **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 241; **Edis**, s. 110; **SHK ZGB- Hausheer/Jaun**, Art. 1, Kn. 34; **BK ZGB- Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 421.

⁵⁹⁵ **Ansay**, s. 350; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 309; **Akil**, Hukuk, s. 24-25; **Bulut**, Temyiz, s. 415; **Bolayır**, Hukuk, s. 359-360; **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 240; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 7; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 14; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 4.

⁵⁹⁶ **ZK ZGB - Dürr**, Art. 1-D, Kn. 428.

⁵⁹⁷ **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 240; **Edis**, s. 110; **Ansay**, s. 350; **BK ZGB- Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 422; **Seiler**, s. 197, Kn. 452; **BSK ZPO – Spühler**, Art. 310. Kn. 1; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 7; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 14; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 4; **Bolayır**, Hukuk, s. 360; **Bulut**, Temyiz, s. 415.

⁵⁹⁸ **BK ZGB- Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 430; **SHK ZGB- Hausheer/Jaun**, Art. 1, Kn. 40; **Antalya**, HBK C. II, s. 285-286.

367/1; TMK m. 565/3; TMK m. 618/2; TMK m. 650/2; TMK m. 684/1; TMK m. 686/2; TBK m. 177/2; TBK m. 232/2; TBK m. 314; TBK m. 502/3; HMK m. 203/1-b; İİK m. 97/a-1; İİK m. 124/1; İİK m. 322/1). Bu nitelikte teamüller teknik anlamda hukuk kuralı değildir. Ancak kanunda kendisine bu şekilde açıkça atıfta bulunulan teamül kurallarının tamamen göz ardı edilmesi veya yanlış değerlendirilmesi, ilgili kanun hükmünün ihlaline neden olacağından, kanun yolu sebebi olarak hukuka aykırılık oluşturur^{599/600}.

TTK'da ise ticari örf ve adet hukuku kuralları ile ticari teamüller arasındaki fark daha açık bir şekilde belirtilmiş ve ticari örf ve adet hukukuna, TMK m.1'den daha büyük önem atfedilmiştir⁶⁰¹. TMK m. 1/2 anlamında örf ve adet hukuku, yazılı hukuk kurallarından sonra uygulanabildiği halde, TTK m. 1/2 uyarınca hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, mahkeme ticari örf ve adet hukuku kurallarına, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir⁶⁰². Dolayısıyla bu sıranın takip edilmemesi ve şartları olduğu halde ticari örf ve adet hukukunun hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanması, hukuka aykırılık oluşturur⁶⁰³. Ticari teamül, kanunda aksine hüküm olmadıkça, ticari örf ve adet hukuku kuralı olarak kabul edildiği belirlenmedikçe, mahkemenin yargısına esas olamaz. Ancak irade açıklamalarının yorumunda teamül dikkate alınabilir (TTK m. 2/1). Kanunda açıkça ticari teamüllere atıf yapılan çok sayıda hüküm mevcuttur (örneğin, TTK m. 90/1-e; TTK m. 94/1; TTK m. 115/1). Bu nitelikte ticari teamüller de teknik anlamda hukuk kuralı değildir. Ancak kanunda kendisine bu şekilde açıkça atıfta bulunulan ticari teamül kurallarının tamamen göz ardı edilmesi veya yanlış değerlendirilmesi ilgili kanun hükmünün ihlali sonucunu doğuracağından hukuka aykırıdır⁶⁰⁴.

⁵⁹⁹ Yargıtay 13. HD, 19/06/2018 T., 2016/24595 E., 2018/6859 K.: "... TBK. 502. maddesinde "vekalet sözleşmesi, vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Vekaletle ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştikleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır. Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır" şeklinde düzenleme yer almaktadır. Davaya konu belgede ücret konusunda bir düzenleme de yer almamaktadır. O halde, mahkemece, bu şekilde bir teamülün varlığı araştırılmalı ve hâsıl olacak neticeye göre hüküm kurulması gerekirken, aksine düşünce ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir..."

⁶⁰⁰ HMK m. 203-1-b kapsamında senetle ispat kuralının istisnasını teşkil eden teamül ve bunun dikkate alınmaması durumunda Yargıtay'ca kararın bozulduğu hususunda detaylı olarak bkz. **Yavaş, Murat**, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, 2. Baskı, Ankara 2020, s. 309 vd.

⁶⁰¹ **Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi**, Ticari İşletme Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2015, s. 109 vd; **Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer-Ertan**, s. 115 vd.; **Sulu, Muhammed**, Ticaret Hukukunun Kaynağı Olarak Ticari Örf ve Adet Üzerine Bazı Değerlendirmeler, İMÜHFD, 2022, s. 218 vd.

⁶⁰² **Ülgen/Helvaci/ Kaya/Nomer-Ertan**, s. 115.

⁶⁰³ **Kuru**, C. 5, s. 4534.

⁶⁰⁴ Yargıtay 15. HD, 19/3/1992 T., 1992/1272 E., 1992/1408 K.: "...Davalı savunmasında, davacının yaptığı eserin bedelinin ödendiğini ve bu konuda düzenlenen kapalı faturanın da bunu teyit ettiğini bildirmiş olmasına karşın mahkeme, davalının resmi mercii olduğu ödemelerini belgelendirmediği gerekçesiyle ödemeyi kabul

H. Hâkim Hukuku

Yazılı pozitif hukuk kurallarında ve örf ve adet hukukunda gerekli olan uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir (TMK m. 1/2). Bu durumda hâkim tarafından oluşturulan kural, hâkim hukuku (*Richterrecht*) olarak adlandırılır. Hâkim, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, uygulanabilir bir pozitif hukuk kuralı bulunmaması nedeniyle karar vermekten kaçınmaz ve davayı sırf bu sebepten dolayı reddedemez. Aksi halde, hâkim, hakkın yerine getirilmesinden kaçınma yasağını (AY m. 36/2; HMK m. 46/1-e) ihlal etmiş olur. Dolayısıyla, TMK m. 1/2 uyarınca hâkimin hukuk kuralı oluşturması aynı zamanda anayasal bir ödevdir⁶⁰⁵. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, hâkimin kendi oluşturacağı hukuk kuralına göre karar vermesi için yazılı pozitif hukuk kurallarında ve örf ve adet hukukunda, hukuki soruna ilişkin gerekli bir hükmün bulunmaması gerekir. Bu bağlamda bir boşluk meydana gelmeden hâkimin hukuk kuralı oluşturması ve uygulaması hukuka aykırıdır⁶⁰⁶.

Öte yandan hâkimin TMK m. 1/2 çerçevesinde hukuk kuralı oluşturması, onun tamamen kuralsız bir alanda keyfine ve isteğine göre karar verebileceği anlamına gelmez. Kanun koyucu olarak hâkim, tıpkı asıl kanun koyucu gibi, genel hukuk düzeni ile bağlıdır⁶⁰⁷. Hâkim hukuk kuralı oluştururken şu esasları gözetmelidir: a) Hâkim, bireysel ve somut vakıaları altında toplayacağı objektif, genel ve soyut bir kural oluşturmalıdır⁶⁰⁸. Yani, somut olayla ilgili duygusal mülahazalara dayanmamalı, aynı veya benzer nitelikteki diğer vakıaların değerlendirilebileceği bir kural koymalı ve ona göre gerekçe formüle etmelidir. b) Oluşturulacak kural, hayatın gerçeklerine uygun olmalı ve öngörülen çözüm pratikte

etmemiştir. Oysa TTK'nun 1/2. maddesi gereğince hakkında ticari bir hüküm bulunmayan konularda hâkimin ticari örf ve adete, bu dahi yoksa umumi hükümlere göre karar vermesi gerekir. Ticari işlerde iş sahibinin kestiği faturanın akide edilmesi, yani altının kapatılarak imzalanması o fatura bedelinin ödendiğine karine sayılır. Bu durumda faturanın düzenlendiği Yerköy İlçesi'nde kapalı faturanın bedelinin ödendiğini gösterdiği hakkında ticari bir örf ve uygulama varsa bedelinin ödendiği kabul edilmelidir. Bu nedenle mahkemece mahalli Ticaret ve Sanayi Odası'ndan bu konudaki uygulama sorulmadan eksik incelemeyle hüküm tesisi doğru değildir...".

⁶⁰⁵ **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 314-315; **ZK ZGB - Dürr**, Art. 1-E, Kn. 485.

⁶⁰⁶ **Antalya**, HBK C. II, Kn. 1511; **Bulut**, Temyiz, s. 417.

⁶⁰⁷ **Kramer**, Methodenlehre, s. 278.

⁶⁰⁸ Oluşturulacak kural, mevcut hukuki soruna doğrudan ve kolayca uygulanabilecek kadar bireysel olan, ancak öte yandan, bir norm olarak anlaşılabilir kadar da soyutluk içeren norm olmalıdır (**ZK ZGB - Dürr**, Art. 1-E, Kn. 481). Kural, gelecekteki benzer durumları dikkate almalı ancak somut uyuşmazlığa ilişkin olmalı ve kazuistik içeriğe sahip olmamalıdır. Hâkim, bu bağlamda hukuk politikası açısından yeni alanlarda temel, stratejik kararlar almaktan kaçınmalıdır, aksi halde yetkisiz bir yasama faaliyeti söz konusu olabilir (**Kramer**, Methodenlehre, s. 334-338).

uygulanabilir olmalıdır. c) Birden fazla korunması gereken ve korunmaya değer çıkarlar incelenmeli, tartılmalı ve buna dayanarak mümkün olduğunca uygun ve adil bir kural oluşturmalıdır. d) Kural oluşturulurken hukukun ideleri (adalet, hukuki güvenlik ve eşitlik) göz önünde bulundurulmalı ve özellikle hukuki güvenlik açısından açık, öngörülebilir ve kolayca belirlenebilir bir düzenleme oluşturulmalıdır. e) Oluşturulacak kural mevcut hukuk düzeniyle uyumlu, yani çelişkisiz olmalıdır. Bu noktada hukukun genel ilkeleri, anayasal kural ve ilkeler (özellikle ölçülülük ilkesi) ve ilgili hukuk alanının ilkeleri de dikkate alınmalıdır. Söz gelimi, icra ve iflas hukukundaki bir boşluk kiracının menfaatlerini etkiliyorsa, kira hukuku ilkeleri⁶⁰⁹, eşya hukuku alanındaki boşluk belirlilik, alenilik ilkesi, sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkeleri ve usul hukuku alanındaki boşluk adil yargılanma hakkına ilişkin ilkeler⁶¹⁰ dikkate alınmadan doldurulmamalıdır⁶¹¹.

Hâkim hukuku, kanun yolu mahkemesinin tam denetimine tabidir. Alt derece mahkemesinin hukuk kuralı oluşturma konusunda genel esasları dikkate alıp almadığı kanun yolu mahkemesinin hukuka aykırılık denetimine tabi olduğu gibi⁶¹², kanun yolu mahkemesi de bizzat hukuk kuralı oluşturabilir.

I. İçtihat Hukuku

1. Genel Olarak Mahkeme Kararların Bağlayıcılığı

Geleneksel hukuk kaynakları öğretisine göre, hukukun yürürlük kaynakları, yazılı pozitif hukuk kuralları ve örf ve adet hukukundan oluşur. Ayrıca, yazılı pozitif hukuk kurallarında ve örf ve adet hukukunda gerekli hükmün bulunmaması halinde hâkim hukuku ilgili taraflar için bireysel hukuk kaynağı olarak kabul edilir⁶¹³. Medeni Kanun'da hâkimin karar verirken, yargı kararlarından yararlanacağı ifade edilmiştir (TMK m. 1/3; karşı. İFMEK m. 1/3). Söz konusu düzenleme ile kanun koyucunun, temelde, yargı kararlarına, yazılı pozitif hukuk

⁶⁰⁹ BK ZGB- Emmenegger/Tschentsche, Art. 1, Kn. 457.

⁶¹⁰ Kramer, Methodenlehre, s. 294-295.

⁶¹¹ BK ZGB - Meier-Hayoz, Art. 1, Kn. 317-345; Kramer, Methodenlehre, s. 278-295; SHK ZGB-Hausheer/Jaun, Art. 1, Kn. 44; BK ZGB- Emmenegger/Tschentsche, Art. 1, Kn. 451-462; Oğuzman/Barlas, s. 121-123; Edis, s. 137 vd.; Aral, s. 198-199; Işıktaç, Yasemin/Metin, Sevtap, Hukuk Metodolojisi, 5. Bası, İstanbul 2016, s. 225-226; Yılmaz, Şerh, s. 1307-1308; Antalya, Gökhan, Hâkimin Yargı Kararı Oluşturma Metodu, Bu Metodun Aşamaları ve Metoda Hâkim Olan Metodolojik On İki Temel İlke, MÜHF-HAD, C. 28, S. 2, 2022, s. 944-945; Yargıtay HGK, 27/2/2008 T., 2008/140 E., 2008/205 K.; Yargıtay HGK, 28/6/2022 T., 2021/902 E., 2022/1049 K.

⁶¹² Antalya, HKB C. II, Kn. 1511; Işıktaç/Metin, s. 231; Bulut, Temyiz, s. 417.

⁶¹³ Kramer, Methodenlehre, s. 272.

kuralları ve örf ve adet hukuku şeklinde hukuk kaynağı karakteri atfetmek istemediği, ancak onları yargılama sürecinde kullanılacak araçlar olarak değerlendirmek istediği ve bu bağlamda yargı kararlarının hukuki bilgi kaynağı olduğu ifade edilmektedir⁶¹⁴.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, bir mahkeme kararının başka bir mahkeme kararını bağladığı çok sayıda durum söz konusudur. Bu bağlamda, söz gelimi, kesin hükmün bağlayıcı etkisi⁶¹⁵ kapsamında verilen kararın ilgili taraflar ve mahkemeler açısından bağlayıcılığı mevcuttur. Ayrıca, bekletici mesele kapsamında, anayasaya aykırılık iddiası üzerine itiraz yoluyla başvurulmuş Anayasa Mahkemesinin kararı, somut uyuşmazlığı gören mahkemeyi bağlar⁶¹⁶. Yine HMK m. 214/1 uyarınca; belgenin sahte olmadığına dair hukuk mahkemesince verilen karar kesinleştikten sonra, söz konusu belge hakkında ceza mahkemesinde de sahtelik iddiası dinlenmez⁶¹⁷. Alt derece mahkemesinin kararı, diğer mahkeme kararlarına dayanıyorsa, dayanan bu mahkeme kararlarının yorumu, bağlayıcılığı ve hukuki sınıflandırması bakımından kanun yolu mahkemesi herhangi bir kısıtlamaya tabi değildir⁶¹⁸. Kanun yolu mahkemesi, dayanan yargısal ve idari kararları yorumlamak ve hukuki olarak sınıflandırmak hususunda serbesttir⁶¹⁹. Kanun yolu mahkemesi, alt derece mahkemesi tarafından dayanan ilgili diğer mahkeme kararının hatalı bir şekilde yorumlanıp yorumlanmadığını denetleyebileceği gibi, dayanan bu diğer kararları, söz gelimi kesin hükmün kapsamını belirlerken, hakkında kanun yolu başvurusunda bulunulan karar kadar serbestçe yorumlayabilir⁶²⁰. Ayrıca kanun yolu mahkemesi, alt derece mahkemesinin kararını

⁶¹⁴ **Kramer**, Methodenlehre, s. 272; **SHK ZGB - Hausheer/Jaun**, Art. 1, Kn. 49; **Bydlinski**, Methodenlehre, s. 504; **Edis**, s. 153, 154, 228; **Bilge, Necip**, Yargısal İçtihatların Bağlayıcı Gücü ve İçtihat Birleştirme Kararları, Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s. 226-227; **Sivrihisarlı**, s. 31; **Antalya**, HBK C. II, Kn. 1641; **Antalya/Topuz**, s. 372; **Oğuzman/Barlas**, s. 140; **İşıktaç/Metin**, s. 190; **Rüthers/Fischer/Birk**, Kn. 236.

⁶¹⁵ Kesin hükmün bağlayıcı etkisi konusunda detaylı olarak bkz. **Gürdoğan, Burhan**, Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960, s. 73 vd.; **Özkaya-Ferendeci**, s. 127 vd.; **Akkan, Mine**, Medeni Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hüküm Delil Niteliği, DEÜHFD, C. 11, 2009, s. 10 vd.; **Erdoğan, Ersin**, Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi, 2017, s. 75 vd.

⁶¹⁶ Bekletici sorun kapsamında başka bir mahkemenin verdiği kararın bağlayıcı olduğu diğer durumlar için bkz. **Aşık**, s. 183 vd.

⁶¹⁷ Bu kapsamda mahkeme kararlarının bağlayıcılığı hususunda detaylı olarak bkz. **Erdoğan, Ersin/Erzurumlu-İşık, Nurbanu**, Emsal Mahkeme Kararlarının Bağlayıcılığı, Selçuk Özbek'e Armağan, C. 2, İstanbul 2022, s. 1158-1163.

⁶¹⁸ **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 6; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 10; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 19; **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 8; **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 237- 238; **Kuchinke**, s. 169-171; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 18; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 7; **Hk-ZPO/Koch**, § 546, Kn. 12; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 11; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 5.

⁶¹⁹ **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 8; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 7; **Hk-ZPO/Koch**, § 546, Kn. 12; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 11; **Bulut**, Temyiz, s. 422-423.

⁶²⁰ **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 10.

dayandırdığı diğer mahkeme kararının etkili olup olmadığını veya halen mevcut olup olmadığını inceleyebilir⁶²¹.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru üzerine ihlalin mevcut olduğunu tespit edip, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyayı ilgili mahkemeye göndermesi halinde, ilgili mahkeme bu karara uymak zorundadır (AY m. 153; AYMK m. 50/2; AYMK m. 66)⁶²².

Öte yandan Yargıtay içtihadı birleştirme kararları⁶²³, benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar (Yarg. K. m. 45/5). Yargıtay içtihadı birleştirme kararları bakımından hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesi geçerlidir⁶²⁴. İçtihadı birleştirme kararları ile Yargıtay, hem mevcut pozitif hukuk kurallarının yorumuna ve uygulanmasına ilişkin esasları belirlemekte⁶²⁵ hem de boşluk durumunda yeni hukuki kurumlar ihdas etmektedir⁶²⁶. Alt derece mahkemesi, belli bir konu hakkında verilen Yargıtay içtihadı

⁶²¹ **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 19; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 10; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 6; **Bulut**, Temyiz, s. 423.

⁶²² **Pekcanitez, Hakan**, Bireysel Başvuru Sonunda Verilen Kararların Medenî Yargıya Etkisi, AYD, C. 35, 2018, s. 99 vd. Yargıtay 2. HD, 18/9/2017 T., 2017/3976 E., 2017/9562 K.: "...Anayasa Mahkemesinin saptadığı hak ihlalinin, mahkeme kararından kaynaklandığını belirleyen ve Kuruluş Kanununun 50. maddesinin (2.) fıkrasında dayanarak aldığı "ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak İçin yeniden yargılama yapılmasına" ilişkin kararı karşısında, derece mahkemelerinin başvuru konusu somut olay ve kişi bakımından artık başka türlü karar vermesine olanak yoktur...".

⁶²³ İçtihadı birleştirme kurumu hakkında detaylı olarak bkz. **Kuru**, İctihatların Birleştirilmesi, s. 12 vd.; **Yılmaz**, Adaletteki Çelişkiye Son Verme, s. 1165 vd.; **Erzurumlu-İşık**, s. 155 vd.; **Tok**, Temyiz, s. 371 vd.

⁶²⁴ **Bilge/Önen**, s. 296; **Akil**, Hukuk, s. 15; **Tok**, Temyiz, s. 370.

⁶²⁵ Anayasa Mahkemesi, Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığını anayasaya aykırı olmadığını, temelde bu gerekçe ile şu şekilde ifade etmiştir: "...İçtihadı birleştirme kararları, o zamana değin hukuk alanında hukuk kuralı olarak bulunmayan yeni bir kural koymayı erek edinmiş olan bir hukuk işlemi değildir. Gerçekten, istem konusu yasa hükmü incelendiğinde görülür ki bir olayda uygulanacak olan hukuk kuralının hangisi olduğu yönünde verilen kararlar arasında çelişmeye düşülmesi veya bir olayda uygulanacak olan bir hukuk kuralının başka başka dâvalarda değişik biçimde yorumlanarak uygulanması söz konusu olur ise, ortaya atılan hukuk görüşlerinden hangisinin hukuka uygun bulunduğunu belirtmek üzere içtihadı birleştirme kararı verilmesi yoluna gidilir. Demek ki içtihadı birleştirme kararı, belli bir olay için yeni bir hukuk kuralı koymak ereği ile değil, ancak ve ancak belli bir olaya uygulanacak yasanın veya nesnel nitelikte, olan tüzük ve yönetmelik kuralları gibi öbür hukuk kurallarından hangisinin, hangi anlamda uygulanacağını saptamak için verilir. Buna göre içtihadı birleştirme kararı yasa koyucu veya yetkisi içinde idare tarafından ortaya konulmuş bulunan nesnel hukuk kurallarının uygulanma biçimini gösteren ve bu bakımdan yemlik doğurucu nitelikte bulunmayan, ancak hukukî bir durumu açıklayan nitelikte bir hukuk işlemidir. Bundan ötürü bu işlem; genel, nesnel ve yenilik doğurucu nitelikte bir işlem olan yasa koyma işlemi ile bir tutulamaz ve içtihadı birleştirme kararı veren Yargıtay'ca Türkiye Büyük Millet Meclisine özgü yasama yetkisinin kullanılmış ve böylece Anayasa'nın öngördüğü güçler ayrılığı ilkesinin çiğnenmiş olduğu ileri sürülemez...". AYM, 12/6/1969 T., 1968/38 E., 1969/34 K.

⁶²⁶ Yargıtay, hakkında pozitif hukuk kurallarında ve örf ve adet hukukunda hüküm bulunmayan pek çok konuda yeni hukuki kurumlar (usuli kazanılmış hak gibi) ve kurallar oluşturmakta ve bunlar TMK m. 1/2'nin öngördüğü gibi somut bir uyuşmazlığa ilişkin olarak değil, genel ve soyut olarak ve Yarg. K. m. 45/5'in düzenlemesi ile bütün adliye mahkemelerini bağlamaktadır. Öğretide, oluşturulan bu kuralların hukukun

birleştirme kararını, bu karar değiştirilmedikçe veya ortadan kaldırılmadıkça, uygulamak zorundadır (Yarg. K. m. 45/5)⁶²⁷. Alt derece mahkemesinin bu içtihadı birleştirme kararlarını, dikkate almaması ve hiç uygulamaması veya yanlış uygulaması, bir kanun yolu sebebi olarak hukuka aykırılık teşkil eder⁶²⁸.

2. Kanun Yolu Mahkemeleri Kararlarının Görülmekte Olan Dava Bakımından Bağlayıcılığı ve Türk Hukuku'ndaki Sistemsel Hata

Usul kanunları, alt derece mahkemelerinin kanun yolu mahkemelerinin kararlarından mümkün olduğunca az sapılmasına yönelik düzenlemeler içerir⁶²⁹. Alman⁶³⁰, Avusturya⁶³¹ ve İsviçre hukukunda⁶³², ilk derece mahkemesi kararı istinaf mahkemesi tarafından kaldırılıp dosya yeni bir karar verilmek üzere geri gönderilirse, ilk derece mahkemesi istinaf mahkemesinin geri gönderme kararını dayandırdığı hukuki görüşü ile bağlıdır. Aynı şekilde, temyiz mahkemesinin, alt derece mahkemesinin kararını bozup dosyayı geri göndermesi durumunda, alt derece mahkemesi, temyiz mahkemesinin bozma kararını dayandırdığı hukuki görüş ile bağlıdır (AMUK m. 563/2; AvMUK m. 511/1)⁶³³.

yürürlük kaynağı olduğu ifade edilmektedir (**Oğuzman/Barlas**, s. 139-140). Diğer bir görüşle göre, Yargıtay içtihadı birleştirme kararı ister mevcut bir hukuk kuralın yorumuna isterse kanun boşluğunun doldurulmasına ilişkin olsun, hukukun yürürlük kaynağıdır (**Erzurumlu-Işık**, s. 173).

⁶²⁷ **Kuru**, C. 5, s. 4970; **Pekcanitez**, Yargıtay, s. 394; **Erzurumlu-Işık**, s. 205.

⁶²⁸ **Kuru**, HMK El Kitabı, C. 2, s. 1475; **Sivrihisarlı**, s. 35-36; **Pekcanitez**, Denetim, s. 224; **Erzurumlu-Işık**, s. 173; **Tok**, Temyiz, s. 370; **Bulut**, Temyiz, s. 420-421. Yargıtay 9. HD, 25/1/2006 T., 2005/17929 E., 2006/1295 K.: "...Mahkemece hükmedilen ücret alacağına kısa kararda yasal faiz uygulanacağı düzenlenmişken gerekçeli kararda en yüksek işletme kredisi faizi yürütüleceği belirtilmiştir. Kararlar arasındaki bu çelişki 10.4.1992 tarih ve 7-4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararına aykırı olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir..."

⁶²⁹ **Rüthers/Fischer/Birk**, Kn. 245; **Germann, Oscar Adolf**, Präjudizien als Rechtsquelle - Eine Studie zu den Methoden der Rechtsfindung-, 1960, s. 11.

⁶³⁰ Alman hukukunda ilk derece mahkemesinin istinaf mahkemesinin geri gönderme kararı ile bağlı olduğuna yönelik açık bir kanuni düzenleme olmamakla birlikte, temyiz mahkemesinin geri gönderme kararının istinaf mahkemesini bağladığına ilişkin AMUK m. 563/2 kıyasen bu durum bakımından da uygulanmakta ve ilk derece mahkemesinin istinaf mahkemesinin geri gönderme kararını dayandırdığı hukuki görüşü ile bağlı olduğu kabul edilmektedir. **Zöller/Hefler**, § 538, Kn. 60; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 148, Kn. 32; BGHZ 51, 131: NJW 1969, 1253.

⁶³¹ Avusturya Medeni Usul Kanunu m. 499/2'de bu husus açıkça düzenlemiştir.

⁶³² İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nda istinaf mahkemesinin geri gönderme kararının alt derece mahkemesi açısından bağlayıcılığı hususunda bir düzenleme bulunmamakla birlikte, alt derece mahkemesinin istinaf mahkemesinin geri gönderme kararını dayandığı hukuki değerlendirme ile bağlı olduğu kabul edilmektedir. **BK ZPO – Sterchi**, Art. 318, Kn. 14; **BSK ZPO – Spühler**, Art. 318. Kn. 4.

⁶³³ İsviçre Federal Mahkeme Teşkilat Kanunu'nda Federal Mahkemenin bozma ve geri gönderme kararı ile alt derece mahkemesinin bağlılığı konusunda açık bir düzenleme olmamakla beraber, alt derece mahkemesinin Federal Mahkeme'nin geri gönderme kararındaki hukuki görüşleri ile bağlı olduğu kabul edilmektedir. **BSK BGG – Dormann/Forster/Hugi Yar**, Art. 107. Kn. 18; BGE 135 III 334.

Türk hukukunda istinaf mahkemesinin HMK m. 353/1-a uyarınca ilk derece mahkemesi kararını kaldırıp dosyayı yeni bir karar vermek üzere geri göndermesi halinde, ilk derece mahkemesi istinaf mahkemesinin bu kararı (ve dolayısıyla hukuki görüşü) ile bağlı olup, direnme kararı veremez. Buna karşılık, temyiz mahkemesinin, alt derece (ilk derece veya istinaf) mahkemesinin kararını bozup, dosyayı yeni karar vermek üzere geri göndermesi halinde, alt derece (ilk derece veya istinaf) mahkemesi temyiz mahkemesinin hukuki görüşü ile bağlı olmayıp direnme kararı verebilir. Bu direnme kararı temyiz edildiğinde, inceleme, kararına direnilen dairece yapılır. Daire, direnme kararını yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna gönderilir (HMK m. 373/5). Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği karar bağlayıcıdır (HMK m. 373/5). Hukukumuzda, ağır ve önemli usule aykırılıkların neredeyse tamamı bakımından istinaf mahkemesince verilen kararların HMK m. 353/1-a uyarınca kesin olması ve ilk derece mahkemelerinin bu kararlara direnememesi, buna karşılık aynı hususlarda temyiz mahkemesi tarafından karar verilmesi halinde ilk derece ve istinaf mahkemesinin bu karara direnme imkanının olması, kanun yolu sistematigine ve kanun yolu denetiminin etkinliği ve işlevselliğine aykırıdır. Ayrıca, mahkemelerin yapılandırılmasında yapılan bu hata, usul ekonomisini de ihlal edebilecek mahzurlar barındırmaktadır. Bu konuda verilecek bir örnek durumun ciddiyetini daha net bir şekilde ortaya koyacaktır. Söz gelimi tarafların taleplerinin önemli bir kısmı hakkında karar vermeyen ilk derece mahkemesi hükmüne karşı başvuru istinaf mahkemesi, bu kararının kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verirse, ilk derece mahkemesi HMK m. 353/1-a uyarınca bununla bağlı olup direnme kararı veremeyecektir. Ancak aynı davada ilk derece mahkemesinin kararına karşı başvuru istinaf mahkemesince esastan ret kararı verilir ve bu karara karşı başvuru temyiz mahkemesince bu nedenle bozma kararı verilerek dosya ilk derece mahkemesine gönderilirse, ilk derece mahkemesi bu karara karşı direnme kararı verebilmektedir. Bu direnme kararına karşı yapılacak temyiz başvurusu önce ilgili Yargıtay dairesince incelenecek ve daire direnme kararını yerinde görmezse dosyayı Hukuk Genel Kurulu'na gönderecek ve nihayet Hukuk Genel Kurulu'nca bağlayıcı karar verilecektir (HMK m. 373/1, 5).

Temyiz mahkemesi kararlarına karşı direnme imkanı Fransız hukuku kökenlidir⁶³⁴. Türk hukukunda, temyiz kanun yolu bakımından Fransız hukukun tesiri, istinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesine rağmen halen devam etmektedir. Esasen istinaf

⁶³⁴ Fransız hukukunda temyiz mahkemesi kararlarına karşı direnme ve bu direnme kararına karşı başvuru üzere incelemenin Genel Kurul'da yapıldığına ilişkin olarak bkz. **Tok**, Temyiz, s. 323, 324, 328.

mahkemelerinin faaliyete geçmesinden önce Yargıtay dairelerinin aşırı iş yükü altında olduğu, hatta her bir dava dosyasına ilgili dairenin ayırabildiği zamanın, yalnızca birkaç dakikadan ibaret olduğu bilinmektedir⁶³⁵. İlk derece ve temyiz yargılamasından oluşan bu dönem bakımından ilgili daire kararına karşı direnilebilmesi, fiili (zorunlu) koşullar nedeniyle gerekli olarak dahi görülebilir. Ancak istinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesinden itibaren Yargıtay'ın iş yükü önemli ölçüde azalmıştır⁶³⁶. Kanaatimizce artık Alman, Avusturya ve İsviçre hukukuna paralel bir şekilde, temyiz mahkemesi kararlarına karşı direnme imkanının ortadan kaldırılması, Hukuk Genel Kurulu'nun direnme kararlarını incelemek yerine, daha ziyade içtihat farklılıkları henüz oluşmadan görüş ayrılıklarını karara bağlayan bir kurul haline getirilmesi daha isabetli bir yaklaşım olur. Böyle bir konsept değişikliğine, alt derece mahkemelerinin temyiz mahkemesine direnerek temyiz mahkemesinin kararını gözden geçirmesini sağladığı ve böylelikle hukukun geliştirildiği, dolayısıyla direnme imkanının ortadan kaldırılmasıyla hukukun gelişiminin zarar göreceği yönünde yapılacak bir itiraz da ikna edici değildir. Zira, alt derece mahkemeleri derdest dava bakımından temyiz mahkemesine direnememekle birlikte, diğer davalarda temyiz mahkemesinin önceki emsal kararından ciddi ve objektif bir gerekçelendirme ile saparak, temyiz mahkemesini önceki kararını gözden geçirip kapsamlı bir şekilde yeniden bir değerlendirme yapmaya zorlama imkanına her zaman sahiptir⁶³⁷.

3. İctihat Hukukun Normatif Gücü

a. Genel Olarak İctihat ve Emsal Karar

Mahkeme kararlarının, dahası kararlarda yer alan gerekçelerin, daha sonraki davalarda herhangi bir etkiye sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Bu noktada öncelikle (yargısal) içtihat kavramının açıklığa kavuşturulması gerekir. Bilindiği üzere mahkeme kararları hüküm fıkrası ve gerekçe kısmından oluşur. İctihat, mahkemenin kararının temel dayanağını oluşturan

⁶³⁵ Yılmaz, İstinaf, s. 24-25.

⁶³⁶ 2016-2022 yılı itibarıyla BAM hukuk dairelerinde verilen kararların yüzde 81'i, kesin niteliktedir ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve hukuk dairelerine 2022 yılında gelen dosya sayısı 2015 yılına göre %71,1 oranında azalmıştır. Ayrıntılı istatistikler için bkz. <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/31/dosya/2016-2022-faaliyet-raporu13-03-20233-33-pm.pdf> (Bölge Adliye Mahkemeleri Faaliyet Raporu 2016-2022- Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Yayını) (Erişim Tarihi: 08.05.2023).

⁶³⁷ İsviçre hukukunda bu yönde örnekler için bkz. Germann, s. 15-16.

gerekçesinden (*ratio decidendi*⁶³⁸- *tragende Gründe*) çıkarılan hukuki ilkelerdir⁶³⁹. Bu bağlamda mahkemelerin pozitif hukuk kurallarının yorumu, uygulanması veya kuralın bulunmadığı boşluk hallerinde hukuk kuralı oluşturulması hususunda ortaya koydukları hukuki ilkeler⁶⁴⁰ bir bütün olarak içtihat hukukunu meydana getirir⁶⁴¹. Hâkim tarafından karara bağlanacak vakıa, daha önceden içtihatla karara bağlanmış bir vakıaya benziyorsa, daha önceki bu mahkeme içtihadı, karar verecek hâkim bakımından emsal (*präjudiz*) karar teşkil eder⁶⁴². Bu noktada önemli olan karara bağlanacak (yeni) vakıanın daha önce içtihatla karara bağlanmış vakıaya temel açılardan/yönleriyle benzer olmasıdır⁶⁴³. Emsal kararın bağlayıcı olup olmadığı veya ne ölçüde bağlayıcı olduğu, hâkimin hukuku uygulaması bakımından önem arz eder. Şayet emsal karar bağlayıcı nitelikte ise, somut vakıa hakkında karar verecek hâkimin sadece pozitif hukuk kuralını tespit edip yorumlayarak uygulaması yeterli değildir, ayrıca bu hususta emsal karar bulunup bulunmadığını araştırması ve emsal karar mevcut ise, bu kararda benimsenen hukuki ilkeye uygun bir şekilde karar vermesi gerekir⁶⁴⁴. Zira, emsal kararların bağlayıcılığının temeli özetle şunu ifade eder: karara bağlanacak vakıa, aynı veya üst bir mahkeme tarafından daha önce karara bağlanmış bir vakıaya benziyorsa, aynı şekilde karara bağlanmalıdır. Bununla

⁶³⁸ Mahkeme kararlarının gerekçesi, genel olarak, *ratio decidendi-obiter dictum* şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır. *Ratio decidendi*, hâkimin kararı için temel dayanak olarak kabul ettiği şeydir. Yani, davanın çözümü için gerçekten gerekli (destekleyici) olan, kararın asıl nedeni olarak kabul edilmesi gereken hukuki açıklamalardır. *Obiter dictum* ise, karar için belirleyici olmayan, kararın dayanmadığı ek hukuki açıklamalardır. Bunlar, karar vesilesiyle yalnızca yeri gelmişken yapılan, yani somut karar üzerinde hiçbir etkisi olmayan, en azından doğrudan etkisi olmayan veya bu somut kararı gerekçelendirmek için gerekli olmayan değerlendirmelerdir. Her ikisi arasında ayrım konusunda sorulan klasik soru şudur: İlgili ifadeler değiştirilseydi, kararın sonucu da değişir miydi? **Germann**, s. 21- 22; **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 531, 532, 537; **Bydlinski**, Methodenlehre, s. 513; **Engisch**, Einführung, s. 256; **BK ZGB-Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 486.

⁶³⁹ **Lames**, s. 19; **Bydlinski**, Methodenlehre, s. 507; **Larenz**, Methodenlehre, s. 429; **Edis**, s. 227; **Oğuzman/Barlas**, s. 135; **Kayhan, Fahrettin**, Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İctihatlarının Ve İctihadi Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü, TBBD, 1999/2, s. 343-344; **Işıktaç/Metin**, s. 189; **von Ungern-Sternberg, Antje**, Normative Wirkungen von Präjudizien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 138 (2013), s. 7 **Erzurumlu-Işık**, s. 134; **Tok**, Temyiz, s. 355-356.

⁶⁴⁰ **Germann**, s. 16; **Oğuzman/Barlas**, s. 135; **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 520; **Erzurumlu-Işık**, s. 134; **Erdoğan/Erzurumlu-Işık**, s. 1176.

⁶⁴¹ Federal Alman Mahkemesi, 1966 yılına ait yıllık raporunda şu ifadelere yer vermiştir: “En azından hukukçular arasında, öngörülebilir tüm zaman dilimlerinde gerçekleştirilen hukukun, kanuni hukuk ile yargısal (ictihat) hukukun bir karışımı olduğu konusunda şüphe yoktur... Tartışılan her zaman, hâkim tarafından oluşturulan bir hukukun olup olmadığı değil, sadece kapsamıdır”. Mitteilungen zum Jahresbericht des Bundesgerichtshofes 1966, in: NJW 1967, 81.

⁶⁴² **Larenz**, Methodenlehre, s. 429; **Engisch**, Einführung, s. 253; **Germann**, s. 9; **Erzurumlu-Işık**, s. 135.

⁶⁴³ **Engisch**, Einführung, s. 253; **Riehm, Thomas**, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, München 2006, s. 170-171.

⁶⁴⁴ **von Ungern-Sternberg**, s. 7; **Erzurumlu-Işık**, s. 137-138.

beraber, emsal karar açıkça mantıksız veya bariz bir şekilde hatalı ise, kendisinden sapılabilir⁶⁴⁵.

Anglosakson hukuk sisteminin aksine, ülkemizin de içinde bulunduğu Kıta Avrupası hukuk sisteminde emsal kararların bu şekilde bağlayıcılığı, kural olarak, kabul edilmemektedir. Ancak Alman ve Türk hukukunda bunun istisnası Anayasa Mahkemesi kararlarıdır. Anayasa Mahkemesi'nin kararları, Devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar (AY m. 153; AYMK m. 66). Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu m. 31/1'e göre de; Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararları, federasyonun ve eyaletlerin anayasal organlarının yanı sıra tüm mahkemeler ve makamlar için bağlayıcıdır⁶⁴⁶. Ayrıca hukukumuzda, yukarıda yer verildiği üzere, Yargıtay içtihadı birleştirme kararları adli yargıdaki mahkemeleri bağlar (Yarg. K. m. 45/5). Dolayısıyla somut uyuşmazlığı karara bağlayacak hâkim, daha önceden verilmiş emsal nitelikteki Anayasa Mahkemesinin iptal başvurusu⁶⁴⁷ veya bireysel başvuru kapsamında verdiği kararının⁶⁴⁸ ve Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararının temel dayanağını oluşturan gerekçesinde yer alan hukuki ilkelere, açıkça mantıksız veya bariz bir şekilde hatalı değilse, uymalıdır. Aksi durum, hukuka aykırılık teşkil edip, kanun yolu denetimine tabidir⁶⁴⁹.

Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay içtihadı birleştirme kararları dışındaki emsal kararlar, kural olarak bağlayıcı olmamakla birlikte, sınırlı bir bağlayıcılığa sahiptir. Bu bağlayıcılık açıklanmadan önce hâkim tarafından dikkate alınacak emsal kararların yerleşik/köklü/müstakar

⁶⁴⁵ **Engisch**, Einführung, s. 253; **Germann**, s. 29.

⁶⁴⁶ Ağırlıklı görüşe göre bu bağlayıcı etki, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından hakkında karar verilen hukuki meselenin benzer durumlardaki diğer davalarda önemli olduğu hallerde meydana gelir. Bu etki, (mutandis mutandis olarak) Anglosakson hukukundaki içtihadı etkiye uymaktadır. **Schwab/Gottwald**, s. 20.

⁶⁴⁷ **Yıldırım, Turan**, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı, Argumentum Dergisi., S. 34, Yıl. 3, s. 603-604. Genel olarak Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerinin de bağlayıcı olduğu yönde bkz. **Boyar, Oya**, Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2008, s. 302 vd.; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 561; **Kaboğlu**, s. 448; **Armağan**, Kazai Murakabe, s. 149. Anayasa Mahkemesi, kararlarının gerekçelerinin de bağlayıcı olduğunu ifade etmektedir. Bu yönde bkz. AYM, 7/2/2007 T., 2007/5 E., 2007/18 K.; AYM, 26/12/2003 T., 2000/8 E., 2003/104 K. Emsal etkinin bulunduğu hususunda bkz. **Şirin**, Anayasa Şikayeti, s. 662-664. Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olmadığı yönünde bkz. **Özbudun**, s. 412; **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 453.

⁶⁴⁸ Bireysel başvuru kapsamına verilen kararların bağlayıcı etkisi hususunda detaylı olarak bkz. **Şirin**, Anayasa Şikayeti, s. 656-664; **Gündoğdu**, s. 179-180.

⁶⁴⁹ Yargıtay 2. HD, 18/9/2017 T., 2017/3976 E., 2017/9562 K.: "...O halde, yargılamanın yenilenmesi sebebi olabilecek bu hususun, derece mahkemelerinde yargılaması devam eden davalarda da göz önüne alınması gerekir. Anayasa Mahkemesinin bu husustaki bireysel başvuru sonucu aldığı ihlal kararı karşısında hak ihlaline yol açmamak için hükmün bozulması gerekmektedir...". Aynı yönde bkz. Yargıtay 2. HD, 3/2/2016 T., 2015/2631 E., 2016/1724 K.

olması gerekip gerekmediğini kısaca belirtmek gerekir. Öğretide genellikle dikkate alınacak emsal kararların yerleşik olması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁵⁰. Yargıtay, kararlarında sık sık yerleşmiş, köklemiş içtihatlarla uygunluk veya aykırılıktan bahsetmektedir⁶⁵¹. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, emsal kararın ne zaman yerleşik bir uygulamaya döneceği konusunda net bir ölçüt yoktur⁶⁵². Kuşkusuz bir emsal kararın birden fazla uygulanması daha yüksek bir istikrar ve bundan sonra da aynı şekilde uygulanacağına dair daha yüksek düzeyde güven yaratır. Ancak, emsal kararın normatif gücü/bağlayıcılığı hususunda belirleyici ölçüt, onun ne ölçüde tekrarlandığı değildir. Yakın tarihli bir karar, onlarca yıl öncesine dayanan ve defalarca teyit edilen bir uygulamadan çok daha sağlam bir kural oluşturmuş olabilir. Bu durum özellikle, sorunun derinlemesine incelenmesinin ardından ikna edici argümanlarla önceki içtihadı değiştiren bir karar için geçerlidir. Yine kapsamlı ve detaylı bir inceleme neticesinde bir konu hakkında ilk defa karar verildiğinde yerleşik olmayan emsal karar çok daha güçlü bir şekilde benimsenebilir⁶⁵³. Emsal kararların gerçek gücü, zamansal süreleri ve tekrar tekrar teyit edilmelerinden ziyade, dayandıkları argümanların içeriksel niteliğinde, ikna ediciliğinde, bunları veren mahkemenin otoritesinde ve bu olguların uyandırdığı sürekli geçerliliklerine duyulan güvende yatmaktadır⁶⁵⁴.

b. Emsal Kararların Fiili Bağlayıcılığı

Daha ziyade Alman hukukunda yaygın bir şekilde kabul edilen fiili bağlayıcılık teorisine göre, kanuna ve hukuka uygun (Federal Alman Anayasası m. 20/3) karar vermek durumunda olan mahkemeler, önceki emsal kararları da dikkate almalıdır. Ancak bu, bir bağlayıcılıktan kaynaklanmaz. Bağlayıcı olan emsal karar değil, sadece doğru yorumlanan veya

⁶⁵⁰ **Bilge**, Armağan, s. 234; **Oğuzman/Barlas**, s. 140; **Antalya**, HBK C. II, s. 392 vd. *Edis*’e göre, önemli olan emsal kararın doğrulanmış veya benimsenmiş olmasıdır, yoksa birden fazla defa aynen uygulanması değil (*Edis*, s. 228). **Öztek**, Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatları bakımından en azından emsal oluşturma etkisinden söz edilebileceğini belirtmektedir (**Öztek**, Şerh, s. 669-670). **Pekcanitez**, yerleşik içtihatlarla aykırılığın sürpriz karar verme yasağı bakımından önem taşıdığını ve Yargıtay’ın da kendi içtihatlarından dönmesinin bu anlamda değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir (**Pekcanitez**, Denetim, s. 223-224).

⁶⁵¹ Yargıtay HGK, 15/5/1991 T., 1991/9-102 E., 1991/267 K.: “...mahkemece rapor tanzim tarihine kadar somut olarak hesaplanan ve iskonto edilmemiş zararlar, rapor tanzim tarihinden sonraki bilinmeyen dönemle ilgili varsayıma dayalı olarak bulunmuş zarara hükmedilmiş olması, bu konuda yerleşmiş ve kökleşmiş bulunan içtihatlarla uygundur...”. Yargıtay HGK, 29/6/2005 T., 2005/21-389 E., 2005/430 K.: “...Mahkemece aksi yönde verilen hüküm usul ve yasaya, yerleşik Yargıtay uygulamalarına aykırı olup bozma nedenidir...”.

⁶⁵² **Probst, Thomas**, Die Änderung der Rechtsprechung - Eine rechtsvergleichende, methodologische Untersuchung zum Phänomen der höchstrichterlichen Rechtsprechungsänderung in der Schweiz (civil law) und den Vereinigten Staaten (common law), Basel und Frankfurt am Main 1993, s. 121.

⁶⁵³ **Germann**, s. 46-47; **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 523; **Erzurumlu-Işık**, s. 135-136.

⁶⁵⁴ **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 250.

somutlaştırılan normdur. Mahkemelerin emsal kararlardan yararlanması ve bunlara uyması, bu kararlarda kanuni düzenlemelerin doğru yorumlandığına ilişkin kanaatin bir sonucudur. Bununla beraber, uygulamada alt derece mahkemeleri, kanun yolu aşamasında kararlarının bozulmaması için genellikle, tam olarak ikna edici bulmasalar da, üst mahkemelerin emsal kararlarına uymaktadırlar. Bu nedenle fiili (sosyolojik) bir bağlayıcılık söz konusudur, fakat alt derece mahkemeleri üst mahkemenin kararından sapabileceği için bunun ötesinde bir bağlayıcılıktan bahsedilemez. Emsal kararlara normatif geçerlilik, yani mahkemeler tarafından uyulması gereken bir gereklilik, kural olarak, tanınmaz⁶⁵⁵.

c. Emsal Kararların Sınırlı Bağlayıcılığı

Bizim de katıldığımız görüşe göre, emsal kararların sadece fiili bağlayıcılığı yoktur, aynı zamanda sınırlı bağlayıcılığı da mevcuttur⁶⁵⁶. Buna göre, bir mahkemenin kendi kararlarına ve üst mahkemenin kararlarına uyma konusunda sınırlı bir yükümlülüğü vardır. Belirli sınırlar dahilinde, bir mahkeme prensip olarak kendisinin veya üst mahkemenin daha önceki bir kararında benimsediği tutumu daha sonraki bir davada benimsemek zorundadır⁶⁵⁷. Mahkeme, somut uyuşmazlık hakkında karar verirken bu konudaki emsal kararları dikkate almalı ve değerlendirmelidir⁶⁵⁸. Bu değerlendirme neticesinde, önceki emsal kararın kendi yorumu ve çözümü ile eşit veya aynı derecede doğru olduğunu tespit ederse, emsal karara uygun olarak sonuca varmalıdır. Buna karşılık kendi yorumu ve çözümünün daha iyi (doğru) olduğu⁶⁵⁹ kanaatinde ise, bunu gerekçesiyle birlikte ortaya koyarak, emsal karardan sapmalıdır.

⁶⁵⁵ **Larenz, Karl**, Über die Bindungswirkung von Präjudizien, FS Hans Schima, 1969, s. 247, 249, 256, 262; **Larenz**, Methodenlehre, s. 430-431. Aynı yönde bkz. **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 150, Kn. 10 vd.; **ZK ZGB -Dürr**, Art. 1-F, Kn. 589-590. Benzer yönde bkz. **OFK ZGB -Schwander**, Art. 1, Kn. 9. *Öztek de*, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları bakımından fiili bir bağlayıcılıktan veya en azından emsal oluşturma etkisinden söz edilebileceğini belirtmektedir (*Öztek*, Şerh, s. 669-670). Fiili bağlayıcılık teorisi için ayrıca bkz. **Lames**, s. 19-20; **Erzurumlu-Işık**, s. 139.

⁶⁵⁶ **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 474 vd.; **BK ZGB- Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 500; **SHK ZGB - Hausheer/Jaun**, Art. 1, Kn. 50; **Bydlinski**, Methodenlehre, s. 376, 506, 507, 510; **Antalya**, HKB C. II, s. 391 vd.; **Erzurumlu-Işık**, s. 142 vd., 152-153; **Erdoğan/Erzurumlu-Işık**, s. 1176-1178. Benzer yönde: **Germann**, s. 29 vd.; **Edis**, s. 230-231; **Zippelius**, s. 65-66; **Rüthers/Fischer/Birk**, Kn. 244 vd., 279. Somut olay bakımından eşit derecede tatmin edici birden fazla çözümün bulunması halinde, emsal kararların bağlayıcılığının söz konusu olabileceği yönünde bkz. **Larenz/Canaris**, s. 256-257.

⁶⁵⁷ **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 474.

⁶⁵⁸ **Antalya**, HKB C. II, s. 391.

⁶⁵⁹ Emsal karar başlangıçtan itibaren hatalı olabileceği gibi sonradan da isabetsiz hale gelebilir. Söz gelimi, adalet tasavvurunda ve çıkarların değerlendirilmesinde meydana gelen değişiklik, fiili yaşam koşullarındaki değişim, mevzuatta sonradan yapılan değişiklikler veya bilimsel algıdaki ilerleme ve değişim önceki bir emsal içtihadın uygun görünmemesine yol açabilir (**BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 512-518; **Zippelius**, s. 65-66; **SHK ZGB - Hausheer/Jaun**, Art. 1, Kn. 57-61; **Bydlinski**, Methodenlehre, s. 508-509). Mahkemenin bu

Bu noktada, emsal karardan ayrılmak isteyen hâkimin, kendi görüşünün emsal kararda benimsenenden daha iyi (doğru) olduğunu objektif, ciddi ve ikna edici bir şekilde gerekçelendirme ödevi söz konusudur⁶⁶⁰.

Bu yaklaşım, temelde, hukuki güvenlik (özellikle öngörülebilirlik, istikrar ve süreklilik⁶⁶¹) ve kanun önünde eşitlik ilkelerinin mümkün olduğunca gözetilerek hukukun olgusal olarak doğruluğunu (ve dolayısıyla esnekliğini ve dinamizmini) en yüksek derecede sağlama gerekliliğine dayanmaktadır⁶⁶². Zira, emsal kararlara sınırlı bağlılıkla büyük ölçüde garanti altına alınan, her şeyden önce benzer davalar için gelecekteki kararların öngörülebilirliğidir. Bu aynı zamanda süreklilik ve istikrarla da ilgilidir⁶⁶³. Öte yandan bu bağlılık, hukukun yeknesak ve tutarlı, yani eşit⁶⁶⁴ bir şekilde uygulanmasını güçlendirir⁶⁶⁵ ve bireylerin yargıya olan güvenini artırır⁶⁶⁶. İlâveten sınırlı uyma yükümlülüğünde mahkeme kendi hukuki görüşünün emsal kararda benimsenenden daha iyi (doğru) olduğunu gerekçesiyle

durumda emsal karardan sapması gerekir, zira hukuka bağlılık bunu gerektirir (**Bydlinski**, *Methodenlehre*, s. 508).

⁶⁶⁰ **Zippelius**, s. 65; **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 507; **BK ZGB - Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 496; **Riehm**, *Abwägungsentscheidungen*, s. 171.

⁶⁶¹ **Probst**, s. 383-384.

⁶⁶² **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 502; **BK ZGB - Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 500; **SHK ZGB - Hausheer/Jaun**, Art. 1, Kn. 50; **Bydlinski**, *Methodenlehre*, s. 507; **Antalya**, *HBK C. II*, s. 392; **Erzurumlu-Işık**, s. 144 vd., **Erdoğan/Erzurumlu-Işık**, s. 1168 vd.

⁶⁶³ Bir hukuk sisteminin hukuki güvenliğinin gereksiz yere tehlikeye atılmaması için hem hukuk normlarının hem de yargı kararlarının çok fazla değişikliğe maruz kalmaması gerekir. Hukuk sisteminin kurallarına göre hareket etmeye çalışan bir kişi için, hukukun geleceğe yönelik sürekliliği büyük öneme sahiptir. Eğer bir hukuk sistemi insan ilişkilerini düzenlemeyi amaçlıyorsa, bireysel vatandaş için kendisinden hangi davranışın beklendiği veya talep edildiği ya da alternatif davranışların hangi hukuki sonuçları tetikleyeceği açık olmalıdır. Bu öngörülebilirlik garanti edilmezse, hukuk sistemi gerçek amacını yerine getiremez ve nihayetinde meşruiyetini ve varoluş temelini kaybeder (**Probst**, s. 388). Anayasa Mahkemesi bu hususa şu ifadelerle işaret etmektedir: "...Bununla birlikte birden fazla içtihadın varlığı bireyin hukuk kurallarının temel bir özelliği olan davranışını yönlendirebilme gücünü zayıflatacak bir boyuta ulaşmışsa kamu düzeninin bozulduğundan söz edilebilir. Bu durumda bireylerin davranışlarını hangi içtihadı göre yönlendirecekleri belirsizleşeceğinden öngörülebilirlik ortadan kalkar..." (*AYM- Aşır Tunç*, 22/1/2019 T., B. No: 2015/17453, § 55).

⁶⁶⁴ Eşitlik ilkesi benzer durumlara benzer şekilde muamele edilmesini gerektirir. Bir kararın somut davada uygulanan genel-soyut hukuk normuna indirgenmesi pratikte eşit muameleyi yeterince garanti edemez. Nihayetinde, yalnızca karara bağlanacak yeni davanın önceki içtihatlarla tam olarak karşılaştırılması eşit muamele gerekliliğine gerçekçi bir anlam kazandırılmasını sağlar. Aksi takdirde, genel-soyut bir normun uygulanmasıyla gelişen uygulama, hukuk devletine pek entegre olmayan bir gri bölge, yani aynı soyut ilkenin himayesi altında birbiriyle uyumsuz kararların verildiği bir tür potansiyel devlet keyfiliği rezervi (*Reservat potentieller staatlicher Willkür*) olma riskini taşır. **Probst**, s. 100.

⁶⁶⁵ **Germann**, s. 28; **BK ZGB - Meier-Hayoz**, Art. 1, Kn. 503.

⁶⁶⁶ Yetkili makamlarca verilmiş bir hüküm veya karar, hukuka tabi diğer kişilerde benzer bir davanın benzer şekilde karara bağlanacağı beklentisini uyandırır. Hukuki güvenlik (belirlilik) ve eşitlik ilkeleri bu beklentinin dikkate alınmasını ve mümkün olduğunca korunmasını gerektirir. **Probst**, s. 378 vd.; **BK ZGB - Emmenegger/Tschentsche**, Art. 1, Kn. 488; **Erzurumlu-Işık**, s. 146 vd.; **Erdoğan/Erzurumlu-Işık**, s. 1169.

ortaya koyarak bundan sapması gerektiğinden, hukukun olgusal olarak doğruluğu ile hukukun esnekliği ve dinamizmi yeterince güvence altına alınmış olur.

İ. Düşün (Mantık) ve Doğa Kanunları - Tecrübe Kuralları

1. Düşün (Mantık) ve Doğa Kanunları

Mantık, her bilim için olduğu gibi, hukuk bilimine de içkindir. Zira, mantık kurallarının dikkate alınmadığı ve mantık kurallarına uyulmayan yerde hiçbir bilimsel çabanın/faaliyetin bulunmadığı söylenebilir⁶⁶⁷. Mantık kurallarına uymak hukuki bir faaliyetin ve dolayısıyla hukukun doğru uygulanmasının zorunlu bir koşuludur⁶⁶⁸. Doğru düşünme biçimi olarak modern şekli mantık, hem düşün kanunlarını (özdeşlik, çelişmezlik, üçüncü halin olanaksızlığı ve nedensellik)⁶⁶⁹ hem de düşünce oluşumunu (kavram, önermeler ve çıkarımlar)⁶⁷⁰ içerir⁶⁷¹. Bir hukuk kuralının yorumunda, tespit edilen somut vakıanın kanuni (soyut/koşul) vakıalara altlanması ve hukuki sonucu tayinde, mantık kurallarına - düşün kanunlarına aykırılık, nihayetinde ilgili hukuk kuralının uygulanmasında hataya sebep olur ve hukuka aykırıdır⁶⁷². Vakıa tespitleri bakımından da, mantık kurallarına - düşün kanunlarına uyma zorunluluğu, delillerin değerlendirilmesine ilişkin kanuni düzenlemenin (AMUK m. 286; HMK m. 198/1) ruhu ve amacından kaynaklanır⁶⁷³. Bu kurallar, delillerin değerlendirilmesinin bir sınırı değil,

⁶⁶⁷ Aral, s. 165.

⁶⁶⁸ Rüthers/Fischer/Birk, Kn. 193.

⁶⁶⁹ Düşün kanunlarının ilkeleri şunlardır: a) özdeşlik: A, A dır. Her var olan kendisiyle özdeştir. b) Çelişmezlik: X, aynı zamanda A ve A olmayan olamaz. Birbirini tutmayan iki yargı aynı zamanda doğru olamaz. Biri doğru ise, ötekisi zorunlu olarak yanlıştır. Bir şey aynı anda hem var hem yok olamaz. c) Üçüncü halin olanaksızlığı: her X ya A ya da A olmayan olmak zorundadır, üçüncü bir ihtimal düşünülemez.. Bir insan ya ölüdür ya canlıdır, üçüncü bir imkan yoktur. d) Yeter sebep-nedensellik: Hiç bir şey sebepsiz değildir. Var olan her şeyin neden öyle olduğuna dair yeterli sebebi olmalıdır. **Puppe, Ingeborg**, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl., 2011, s. 144 vd; **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 188-189; **Işıktaç**, Hukuk, s. 69 vd.; **Antalya, Gökhan**, “Hukuk Bilimine Katkı Olarak” Hukuk Teorisi ve Hukuk Metodolojisi, C. I, Ankara 2019, Kn. 2407 vd.

⁶⁷⁰ Bu formel mantığın gereği olan hukuki tasıma ilişkindir. Bu konuda bkz. § 5.

⁶⁷¹ Aral, s. 164; **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 188-189.

⁶⁷² **Klug, Ulrich**, Die Verletzung von Denkgesetzen als Revisionsgrund, FS Philipp Möhring, München- Berlin 1965, s. 365; **Grave, Helmut/Mühle, Hans-Jochen**, Denkgesetze und Erfahrungssätze als Prüfungsmaßstab im Revisionsverfahren, MDR 1975, s. 275; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 9; **AK-ZPO/Ankermann**, § 550, Kn. 4-5; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 16; **May**, Revision, Kn. 323; **Budak/Karaaslan**, Medeni Usul, s. 449, Kn. 113.

⁶⁷³ **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 189.

ona içkin olduğu için dikkate alınmak zorundadır⁶⁷⁴. Şöyle ki; düşün kanunlarının dikkate alınmasının söz konusu olduğu durumlarda, serbestçe değerlendirme yapılabilecek bir yer yoktur. Çünkü böyle bir durumda yalnızca bir doğru değerlendirme vardır, o da düşün kanunlarında belirtilen husustur⁶⁷⁵. Mantık kurallarına - düşün kanunlarına aykırı yapılan vakıa tespiti, içkin olduğu delillerin değerlendirmesine ilişkin kanun hükmüne ve hukuka aykırılık teşkil eder⁶⁷⁶.

Düşün kanunlarına göre yapılan tespitlerin tutarlı olması gerektiğinden, çelişkili tespitler mantık hatasına⁶⁷⁷ ve dolayısıyla hukuka aykırılığa yol açar. Örneğin, Alman İmparatorluk Mahkemesi, bir kazada bacağını kaybeden ve kazadan 22 yıl sonra odasında düşen bir davacının davası hakkında karar vermek zorunda kalmıştır. Davacı, kazadan sorumlu olan kişi aleyhine dava açmıştır çünkü daha sonraki düşüş kazanın bir sonucudur ve bunun sonucunda dengesini kaybetmiştir. Alt derece mahkemesi davanın kabulüne karar vermiştir. Nedensellik ile ilgili olarak mahkeme, kaza anında öngörülebilir olmaları halinde, sonradan ortaya çıkan tüm sonuçların kaza sonucu meydana gelen zarar olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Davalı, davacının zarardan 22 yıl önce haberdar olduğu ve bu nedenle zamanaşımı süresinin dolduğu itirazında bulunmuştur. Mahkeme, davacının ayakta durma kabiliyetinin azalması nedeniyle düşeceğini öngöremeyeceği için bu itirazı reddetmiştir. Bu kararla, alt derece mahkemesi bir yandan sonraki düşüşün öngörülebilir olduğunu, diğer yandan ise

⁶⁷⁴ **Walter**, Freie Beweiswürdigung, s. 322; **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 189. Mantık kurallarının yazılı olmayan hukuk kuralı olduğu ve bu nedenle hukuka aykırılığın meydana geldiği yönünde bkz. **Schwinge**, s. 157.

⁶⁷⁵ **Walter**, Freie Beweiswürdigung, s. 322.

⁶⁷⁶ **Grave/Mühle**, s. 276, 279; **Klug**, s. 365; **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 189-192; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 12; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 16; **May**, Revision, Kn. 323; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 9; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 12; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 5; **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 170 vd.; **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, § 286, Kn. 39, 67.

⁶⁷⁷ Özellikle, vakıanın emarelere dayanılarak tespit edildiği durumlarda düşün kanunlarına aykırılık ortaya çıkmaktadır. Emareye dayalı ispatta, hatalı mantıksal çıkarımlar ve özellikle çelişkili gerekçeler düşün kanunlarına aykırılık yaratır (**Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 190). *Yıldırım*'a göre, dava dosyasında yer alan delillerle çelişkili bir sonuca varılması, delillerin değerlendirilmesinde düşün kanunlarına aykırılık teşkil ettiğinden bozma sebebi teşkil eder (**Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 191). Ayrıca, mahkemenin delillerin değerlendirilmesine ilişkin yapmış olduğu gerekçelendirmenin mantıksız olacak ölçüde ciddi çelişkiler içermesi halinde, bunun hem delillerin serbest değerlendirilmesine ilişkin kanun hükmünü (AMUK m. 286) hem de anayasal anlamda keyfi karar verme yasağını ettiği yönünde bkz. BVerfGE 70, 93, 98; **Zöller/Hefler**, § 546, Kn. 13; **Geipel**, s. 1502, Kn. 104.

öngörülemez olduğunu ifade etmiştir. Temyiz mahkemesi de mantıksal çelişki ve düşün kanunlarının ihlali nedeniyle kararı bozmuştur^{678/679}.

Doğa kanunları değişmez niteliktedir. Doğa kanunu ile çelişen bir olay meydana gelmişse, varsayılan doğa kanunu çürütülmüş olur. Bu durumda varsayılan doğa kanunu yanlıştır ve düzeltilmesi gerekir, çünkü varsayılan katı düzenliliğin var olmadığı gösterilmiştir. Bu tür olan normlar değişmez kurallar oluşturduğundan, ihlal edilemez ve sonuçları değiştirilemez olarak kabul edilirler⁶⁸⁰. Doğa kanunlarına göre (x) sebebinin (y) sonucunu doğurması zorunludur (*notwendig*)⁶⁸¹. Hukukun uygulanması sürecinde doğa kanunları da işlevsel olarak mantık kurallarına benzemekle birlikte, doğa kanunlarının rolü daha ziyade vakıa tespitleri alanında gerçekleşir⁶⁸². Doğa kanunlarına uygun vakıa tespitleri yapılması zorunluluğu, delillerin değerlendirmesine içkindir. Düşün kanunları gibi doğa kanunlarının da dikkate alınmasının söz konusu olduğu durumlarda, serbestçe değerlendirme yapılabilecek bir alan yoktur. Bu durumda yalnızca bir doğru değerlendirme vardır, o da düşün veya doğa kanunlarında belirtilen husustur. Değerlendirme ve takdir serbestisi ise ancak bir şeyin şu ya da bu şekilde olabileceği, bir alternatifin olduğu yerde vardır. Söz gelimi, kalıtım yasaları çocuğun

⁶⁷⁸ RGZ 119, 205 (Rüthers/Fischer/Birk, Kn. 193'den naklen).

⁶⁷⁹ Yargıtay'da illiyet bağı hususunda mantık kurallarına ve hayatın olağan akışına (tecrübe kurallarına) uygun bir değerlendirme yapıp yapılmadığını denetlemektedir. Örneğin bkz. Yargıtay 3. HD, 25/04/2022 T., 2022/1315 E., 2022/3978 K.: "...Haksız eylemin unsurlarından birisi ve en önemlisi de illiyet (nedensellik) bağıdır. Zararla eylem arasında nedensellik bağının mevcut olması demek; zararın eylemin bir sonucu olarak ortaya çıkması, eylem olmadan zararın meydana gelmeyeceğinin muhakkak olarak görülmesi demektir. Diğer bir deyimle, verilen zararın tazmin borcu doğurabilmesi için zararın, kendisine tazmin mükellefiyeti bağlanan olayın bir sonucu olarak görünmesi, bu ikisi arasında uygun bir neden-sonuç bağı bulunması gerekir. Eylemle zarar arasında böyle bir bağın var olup olmadığı genel hayat tecrübelerine, olayların doğal akışına, objektif ihtimale, mantık kurallarına göre belirlenir. Diğer bir deyimle sonuç, niteliği itibarıyla eyleme ve olaya uygun olmalı, onun uygun bir sonucu olarak görünmelidir. Eğer sonuç, olayların doğal akışına ve hayat denemelerine göre beklenilmeyecek bir nitelikte ise, mantıki anlamda bir illiyet bulunmasına rağmen eylemi işleyen bu türden anormal, atipik, illete uygun olmayan sonuçtan dolayı sorumlu tutulamaz. O halde, zararın gerçekte başka şekilde meydana geldiği ispat edilirse, illiyet bağının kesilmesi söz konusu olur. Çünkü tazmin borcu, illiyet bağının dışına çıkamaz. Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde; davalının, davacıları Kadıköy 1. Ağır Ceza Mahkemesinde görülen davada müdafii olarak savunduğu, verilen ceza kararını temyiz etmeyerek kararın kesinleşmesine sebebiyet verdiği Dairece verilen 07/10/2020 tarihli ve 2020/4448 E. 2020/5578 K. sayılı kararla sabit ise de, alınan bilirkişi raporunda da vurgulandığı üzere, mahkeme kararı yasal süresi içinde temyiz edilmiş olsa dahi ceza dosyasında yer alan ve davacıların imzasını taşıyan yazılı belgelerin aksinin ispatına yönelik yeni delil bulunmadığından ceza dosyasında verilen sonucun değişmeyeceği, davacıların manevi tazminat istemleri yönünden illiyet bağı kesilmiş olduğu gözetilerek, bu yöne ilişkin talebin de reddine karar verilmesi gerekirken, hatalı değerlendirme ile davacılar lehine manevi tazminata hükmedilmiş olması, doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...".

⁶⁸⁰ Rüthers/Fischer/Birk, Kn. 95; Aral, s. 53.

⁶⁸¹ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 194. Vakıa tespitinin kendisine göre yapılacağı büyük/üst önerme bir doğa kanunu ya da doğa kanunlarından elde edilen bir çıkarım ise, ispatlanacak vakıaya ilişkin sonuç zorlayıcıdır/mecburidir (Larenz, Methodenlehre, s. 305).

⁶⁸² Bir hukuk kuralının yorumu, altlanması veya hukuki sonucu tayininde doğa kanunlarında aykırılık yapılırsa, ilgili hukuk kuralı hatalı uygulanmış olacağından hukuka aykırılık meydana gelir.

babası olduğu iddia edilen kişinin çocuğun babası olma olasılığını ortadan kaldırıyor, o zaman onun baba olabileceği veya olmayabileceği konusunda bir alternatif yoktur ve bu nedenle herhangi bir delil değerlendirmesi yapılmaz⁶⁸³. Ya da belli bir derecede suyun buz tuttuğu gerçeğinin aksine bir tespit yapılmaz⁶⁸⁴. Doğa kanunlarına aykırı yapılan vakıa tespiti, içkin bulunduğu delillerin değerlendirilmesine ilişkin kanun hükmünü ihlal ettiğinden (AMUK m. 286; HMK m. 198/1), hukuka aykırılık teşkil eder⁶⁸⁵.

Gerek hukukumuzda⁶⁸⁶ gerekse de mukayeseli hukukta⁶⁸⁷, dayanan gerekçeler arasında farklılıkları olsa da, ağırlıklı görüş, temelde, mantık kuralları, düşün ve doğa kanunlara aykırılığın (yani, bunların mevcut olup olmadığının, mevcut ise uygulanıp uygulanmadığının ve doğru bir şekilde değerlendirilip değerlendirilmediğinin) hukuka uygunluk denetimini yapan temyiz (ve evleviyetle istinaf) mahkemesi tarafından denetlenebileceği yönündedir.

⁶⁸³ **Walter**, Freie Beweiswürdigung, s. 322.

⁶⁸⁴ **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 193.

⁶⁸⁵ **Grave/Mühle**, s. 276, 279; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 12; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 16; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 9; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 12; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 5.

⁶⁸⁶ **Bilge/Önen**, s. 654; **Postacioğlu**, Medeni Usul, s. 754; **Gürdoğan**, Takdir Hakkı, s. 40; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 843; **Sivrihisarlı**, s. 88, 123; **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 189-194; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 299, 524; **Akan**, s. 38-39; **Budak/Karaaslan**, Medeni Usul, s. 449, Kn. 113; **Pekcanitez**, Denetim, s. 230, 233; **Öztek**, Şerh, s. 652; **Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu**, s. 686; **Bulut**, Temyiz, s. 438-440. Karş. **Taşpınar-Ayvaz**, Temyiz, s. 175, 238. Yargıtay’a göre; “...maddi vakıa tespitinin akla aykırı bir konuya ilişkin bulunması, hâkimin mantık kurallarına aykırı bir maddi vakıa tespiti yapması ve bunun sonucunda da yanlış bir hukukî sonuca varması hâlinde pek tabi Yargıtay bu hatalı tespit ile bağlı olmayacak ve hatalı kararı denetleyecektir...” (Yargıtay HGK, 29/3/2022 T., 2022/141 E., 2022/406 K.; Yargıtay HGK, 22/3/2022 T., 2021/652 E., 2022/359 K.; Yargıtay HGK, 15/7/2023 T., 2022/760 E., 2023/463 K.). Yine Yargıtay HGK, 13/12/2023 T., 2022/1177 E., 2023/1237 K. kararında şu ifadeleri kullanmaktadır: “...Hâkim delilleri serbestçe takdir ederken, somut olay ve ilgili vakıalar hakkında mantık biliminin temel ilke ve yöntemlerine başvurur. Ayrıca, gerekli gördüğü ya da görmesi gerektiği hâllerde genel davranış ve tecrübe kurallarının yardımıyla gerçeklik algısına ulaşır. Hâkime kanunen tanınan hareket serbestisi alanı, mantık ve doğa bilimlerine ait yasaların yanı sıra somut olayın esaslı özelliklerinden çıkarılacak objektif değer ölçüleri ile sınırlandırılmıştır. Bu sınırların aşılması durumunda temyiz mahkemesinin müdahalesi elbette kaçınılmaz olacaktır...”.

⁶⁸⁷ **Klug**, s. 365; **Grave/Mühle**, s. 274-276, 279; **Nierwetberg, Rüdiger**, Die Unterscheidung von Tatfrage und Rechtsfrage, JZ 1983, s. 240; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 12; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 9; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 5, 15; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 12; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 16; **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 163-164, 170 vd.; **Schwinge**, s. 190; **Lange**, s. 70-71; **Zöller/Hefler**, § 546, Kn. 13; **May**, Revision, Kn. 323; **Holzhammer**, s. 326; **Rechberger, Walter**, Die Überprüfung von Erfahrungssätzen in der Revisionsinstanz, ÖJZ 1974, s. 114; **Fasching**, Lehrbuch, s. 895, Kn. 1771; **Fasching**, Probleme des Revisionsverfahrens, s. 17; **Rechberger/Simotta**, s. 623, Kn. 1092 ve s. 624, dp. 123; **Pochmarski, Konstantin/Lichtenberg, Christoph/Tanczos, Alfred/Kober, Christina**, Berufung in der ZPO, 3. Aufl., 2017, s. 143; **Buchegger**, in: **Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer**, s. 383; **Brugger**, s. 58, Kn. 189; **Kralik**, Beweiswürdigung, s. 166.

2. Tecrübe Kuralları

a. Genel Olarak

Tecrübe kuralları, deneysel veya mantıksal olarak, genel yaşam deneyimi ve özel bilgi ve uzmanlık çerçevesinde bilim (özellikle tıp, matematik, fizik, kimya, vb.), ticaret, işletme, sanat, teknoloji, meslek ve zanaat ve ulaşım alanlarında elde edilen kurallardır⁶⁸⁸. Bunlar, kısmen hayatın, insanların davranışlarının ve faaliyetlerinin gözlemlenmesinden, kısmen de bilimsel araştırmaların, ticari, mesleki veya sanatsal faaliyetlerin sonuçlarından elde edilirler⁶⁸⁹. Tecrübe kuralları, kendilerini oluşturan somut olaylardan bağımsız hale gelmiş⁶⁹⁰ ve somut olayın ötesinde gelecekte benzer durumlarda da genel geçerlilik iddiasında bulunan, genel ve soyut kurallardır^{691/692}. Bu kurallar, ne vakıa ne de teknik anlamda hukuk kuralı niteliğini haizdir⁶⁹³, vakıalar ile hukuk kuralı arasında yer alırlar⁶⁹⁴. Bununla beraber, tecrübe kuralları, gelecekte benzer durumlarda genel geçerlilik iddia edebilecekleri bir soyutlama derecesine ulaştıklarında, yani normatif niteliği taşıyacak seviyeye geldiklerinde normların işlevini yerine

⁶⁸⁸ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 112, Kn. 10; **MüKoZPO/Prütting**, § 284, Kn. 44; **Stein, Friedrich**, Das private Wissen des Richters, Leipzig 1893, s. 20-22; **Hainmüller, Dietmar**, Der Anscheinbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadenersatzprozeß, Tübingen 1966, s. 14, 79; **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 116-117; **Alangoya, Yavuz**, “Senede Karşı Senetle İspat” Kuralı ve “Hayatın Olağan Akışı” Kavramı, Makaleler, İstanbul 2012, s. 265, dp. 322; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 306-307; **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, § 284, Kn. 24; 2; **Başözen, Ahmet**, Medenî Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Ankara 2010, s. 159; **Sutter-Somm, Thomas/Seiler, Benedikt**, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Privatrecht, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sutter-Somm, Thomas/Seiler, Benedikt(Hrsg.), 2021, Art. 151, Kn. 13; **ZPO DIKE - Leu**, Art. 151, Kn. 22; **Groner, Roger**, Beweisrecht: Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Bern 2011, s. 13; **Meier, Raoul A.**, Die Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast im ordentlichen und vereinfachten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2014, s. 28.

⁶⁸⁹ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 112, Kn. 10; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 306-307; **Alangoya**, Olağan Akış, s. 265, dp. 32.

⁶⁹⁰ **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 116-117; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 306-307; **Alangoya**, Olağan Akış, s. 265, dp. 32; **Başözen**, s. 159

⁶⁹¹ **ZPO CHK- Sutter-Somm/Seiler**, Art. 151, Kn. 13; **ZPO DIKE - Leu**, Art. 151, Kn. 22; **ZPO Komm – Hasenböhler**, Art. 151, Kn. 9; **Taşpınar, Sema**, Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, AÜHFD, C. 45, 1996, s. 538.

⁶⁹² Genel-soyut tecrübe kurallarının belirlenmesinde kullanılan kriterler şunlardır: genel bilinirlik, gerçekleşme olasılığı, meydana gelme sıklığı, olayın sınırlanabilirliği, doğa bilimlerinde kabul edilebilirlik ve sektörel yaygınlık. **Groner**, s. 16-19; **ZPO DIKE - Leu**, Art. 151, Kn. 23.

⁶⁹³ Tecrübe kurallarının yazılı olmayan hukuk kuralı olduğu yönünde bkz. **Schwinge**, s. 157.

⁶⁹⁴ **Henke**, Tatfrage, s. 87-90; **Sivrihisarlı**, s. 86; **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 117; **Üstündağ**, Kanun Yolları, s. 58; **Gürdoğan**, Temyiz, s. 264-265; **Taşpınar**, Fiili Karine, s. 538, 545. Tecrübe kurallarının açık ya da zımnen hukuk normlarının içeriğine dahil olduğu ve dolayısıyla temyiz edilebilir hukuk normunun birleşeni olduğu yönünde bkz. **Manigk, Alfred**, Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen, Mit Beiträgen zur Methodik der Rechts- und Tatfrage, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts (Hrsg. von Otto Schreiber), Sechster Band, Zivilprozeßrecht, Berlin/Leipzig 1929, s. 143.

getirirler ve hukuk normlarına benzer muameleye tabi tutulurlar⁶⁹⁵. Tecrübe kurallarının özelliği, bunların, vakıa iddiaları gibi bir hukuki tasımın küçük önermeleri olarak değil, hukuk normları gibi büyük önermeleri (yani bir değerlendirme ölçütü) olarak kullanılmalarıdır⁶⁹⁶. Bu nedenle de tecrübe kuralları, kural olarak ne iddia ne de ispat edilmek zorundadır ve re'sen dikkate alınırlar⁶⁹⁷. Tecrübe kuralları, vakıalara hukuk kuralının uygulanmasında (özellikle atlamada)⁶⁹⁸, vakıa tespitlerinde, delillerin değerlendirilmesinde⁶⁹⁹, bir delilin ispat değerinin (*Beweiswert*) belirlenmesinde⁷⁰⁰, ilk görünüş ispatında⁷⁰¹ ve emareye dayalı dolaylı ispatta⁷⁰² kullanılmaktadır. İnceleme konumuz açısından tecrübe kurallarının hukuk kuralının uygulanmasında ve vakıa tespitindeki konumu ve denetimi üzerinden devam edilecektir.

b. Hukuk Kuralının Uygulanmasında

Hâkim, tespit edilen somut vakıaları kanunda yer alan soyut/koşul vakıalara altlarken pek çok durumda tecrübe kuralına başvurmak zorunda kalır⁷⁰³. Özellikle “iyi niyet, dürüstlük kuralı, gerekli dikkat ve özen, teamül, hakkın kötüye kullanılması, ağır ihmal, kusur, olağan kullanım, uygun, yerinde, makul, şiddetli geçimsizlik” gibi uygulanmaları değer hükümlerine,

⁶⁹⁵ **Spühler, Karl**, Wann sind Grundsätze der Lebenserfahrung allgemeine Rechtssätze?, SJZ (Schweizerische Juristen-Zeitung) 1997/93, s. 393 vd.; **Meier**, Die Behauptungs, s. 28-29; **BK ZPO - Hurni**, Art. 57, Kn. 26; **ZPO DIKE – Glasl**, Art. 57, Kn.16; BGE 120 II 97, 99 (E. 2b); BGE 117 II 256, 258 (E. 2b). Alman Federal Mahkemesine göre’de : “Genel bir tecrübe kuralının varlığı ve içeriği temyiz mahkemesince denetlenir. Çünkü tecrübe kuralları, vakıalar için bir değerlendirme standardı olarak norm doğasına sahiptirler...” (BGH NJW-RR 1993, 653).

⁶⁹⁶ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 112, Kn. 10; **MüKoZPO/Prütting**, § 284, Kn. 44; **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 116; **BK ZPO - Hurni**, Art. 57, Kn. 26; **ZPO DIKE – Glasl**, Art. 57, Kn.16.

⁶⁹⁷ **MüKoZPO/Prütting**, § 284, Kn. 44; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 306-307; **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 118; **Umar/Yılmaz**, s. 28; **Taşpınar**, Fiili Karine, s. 545; **Başözen**, s. 159. Kuşkusuz hâkimin bilmediği, özellikle de teknik ve özel uzmanlık gerektiren alanlara ilişkin tecrübe kuralları bakımından hâkim bilirkişi deliline re'sen başvurabilir (**Umar/Yılmaz**, s. 28; **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 118). Öte yandan hukuki dinlenilme hakkının sağlanması için, mahkemenin taraflara genel olarak kabul edilen tecrübe kuralının uygulanması konusunda bilgi vermesi ve onlara tavır alma fırsatı sunmasını gerekir (**MüKoZPO/Prütting**, § 284, Kn. 46; **ZPO CHK- Sutter-Somm/Seiler**, Art. 151, Kn. 16; **ZPO Komm – Hasenböhler**, Art. 151, Kn. 11).

⁶⁹⁸ **Stein**, s. 61; **Grave/Mühle**, s. 275; **Alangoya**, Olağan Akış, s. 265, dp. 32; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 843; **Akil**, İstinaf, s. 208.

⁶⁹⁹ **Stein**, s. 61; **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 116; **Umar/Yılmaz**, s. 166; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 843; **Akil**, İstinaf, s. 208.

⁷⁰⁰ **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 116; **Umar/Yılmaz**, s. 166; **Alangoya**, Olağan Akış, s. 265, dp. 32.

⁷⁰¹ **Keser, Leyla**, İlk Görünüş İspatı (prima facie beweis), Mahmut Birsal'e Armağan, İzmir 2001, s. 236; **Başözen**, s. 159 vd.

⁷⁰² **Stein**, s. 61; **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 116; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 843; **Taşpınar**, Fiili Karine, s. 538 vd.; **Atalay, Oğuz**, Emare İspatı, Manisa Barosu Dergisi, S. 70, 1999, s. 8 vd.; **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, § 284, Kn. 56.

⁷⁰³ **Engisch**, Logische, s. 94-95.

sosyal tecrübeler veya pratik uygulamaya bağlı olan genel hükümler ve belirsiz hukuk kavramlarının⁷⁰⁴ somutlaştırılması ve tespit edilen vakıaların bu nitelikte olup olmadığının belirlenmesi bakımından tecrübe kurallarına başvurulması büyük önem arz eder⁷⁰⁵. Bu bağlamda başvuru tecrübe kuralları, uygulanacak ilgili kanun hükmünün bileşeni haline gelirler⁷⁰⁶. Bu noktada hâkimin, var olmayan bir tecrübe kuralını kullanması veya var olan tecrübe kuralını uygulamaması veya yanlış uygulaması, ilgili kanun hükmünün hatalı yorumu veya uygulanmasına neden olur ve dolayısıyla hukuka aykırılık teşkil eder⁷⁰⁷.

Söz gelimi, hâkim bir davranışın (vakıa) trafikte gösterilmesi gereken özene (hukuki kavram) uygun olup olmadığını belirlerken yanlış bir tecrübe ilkesinden hareket ederse (örneğin, çocuklar 14 yaşına kadar o kadar olgunlaşmamışlardır ki her zaman gözetim altında tutulmaları gerekir), o zaman trafikte gerekli özen kavramını yanlış değerlendirmiş ve ilgili kanun hükmünü yanlış uygulamış olur⁷⁰⁸. Örneğin, evi terk eden eşi yerde sürükleyerek götüren kocanın davranışının evlilik birliğinin devamı arzusunun tezahürü olarak değerlendirilmesi, tecrübe kuralına ve hukuka aykırıdır⁷⁰⁹.

c. Vakıaların Tespitinde

Hâkim, vakıa tespitlerinde ve delillerin değerlendirilmesinde tecrübe kurallarına başvurur ve çıkarımlar yapar. Tecrübe kuralları sahip oldukları ikna gücüne göre farklı ayrımlara tabi tutulmaktadır. Bu konuda yaygın olarak yapılan ayırım, zorunlu tecrübe kuralları

⁷⁰⁴ Belirsiz hukuk kavramları için bkz. § 6/III/D.

⁷⁰⁵ **Larenz**, Methodenlehre, s. 286.

⁷⁰⁶ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 112, Kn. 10.

⁷⁰⁷ **Grave/Mühle**, s. 275-276; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 9; **AK-ZPO/Ankermann**, § 550, Kn. 4-5, 7-8; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 16; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 5; **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 12; **Rechberger/Simotta**, s. 624, dp. 123; **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 145; **Kralik**, Beweiswürdigung, s. 166; **Rechberger**, Erfahrungssätzen, s. 114; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 843; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 524, 545; **Sivrihisarlı**, s. 87-89; **Yavaş**, Temyiz, s. 75-76; **Pekcanitez**, Denetim, s. 233; **Budak/Karaaslan**, Medeni Usul, s. 449, Kn. 113; **Bulut**, Temyiz, 439-440.

⁷⁰⁸ **Grave/Mühle**, s. 276.

⁷⁰⁹ Yargıtay HGK, 19/10/1966 T., 806/271, ABD 1966/6, s.1052-1053. Yargıtay HGK, 30/3/1974 T., 1972/2-114 E., 1974/317 K.: "...Olayda, davacı eşini müşterek eve çağırması bulunmaktadır. İhtar göndermenin anlamı, karşı tarafı evlilik birliğini devam ettirmek amacıyla bu birliğin sürdürüleceği eve davet etmektir. Bunun sonucu olarak ihtar gönderen taraf ihtardan önceki olayların Medeni Kanunun 134. maddesi açısından evlilik birliğini çekilmez hale getirecek nitelikte bulunmadıklarını kabul etmiş sayılır. Zira mantıken ve hayatın olağan akışına göre müşterek hayatı çekilmez hale getirecek derecede şiddetli geçimsizlik nedeni olan olayların varlığı artık müşterek hayatın devamını sağlama amacına yönelik bir arzusunun açıklanmasına, başka bir anlatımla, ihtar gönderilmesine olanak vermez..."

(doğa, düşünce ve tecrübe kanunları), tecrübe ilkeleri, basit tecrübe kuralları ve önyargılar⁷¹⁰ şeklindedir⁷¹¹.

Zorunlu tecrübe kanunları (*zwingende Erfahrungsgesetze*); en güçlü ispat kuvvetine sahip tecrübe kurallarıdır. Bunlar, neredeyse, hiçbir istisna kabul etmeyen kurallardır ve bu nedenle insan yargısına göre zorunludur. Tıpkı doğa ve düşün kanunları gibi, bunların uygulanması, hâkimi karşı delilin artık mümkün görünmediği bilgisine götürür. Örnek olarak, bir kişinin aynı anda iki farklı yerde bulunamayacağı ilkesi veya insanlardaki parmak izlerinin genel olarak farklılığına dayanan kimlik ispatı gösterilebilir⁷¹². Hâkimin bu nitelikte tecrübe kanunlarını zorunlu olarak görmemesi, genel hayat tecrübesine göre kabul edilmesi neredeyse imkansız olan bir vakıa tespiti yapması⁷¹³, bilimsel olarak ispatlanmış bir tecrübe kuralını dikkate almaması⁷¹⁴, tecrübe kurallarının ve nihayetinde ispat hukuku kurallarının hatalı uygulanması anlamına gelir ve hukuka aykırıdır⁷¹⁵.

Tecrübe ilkeleri (*Erfahrungsgrundsätze*); prensip olarak geçerli olan ancak istisnasız olmayan eylem süreçlerinin gözlemleridir. Bununla beraber, kabul edilen deneyim bilgisine göre çok yüksek bir olasılıkla doğru kabul edilirler. Bunlar, düzenli bir gözlem temeline dayanma, güncel olma (en son tecrübeye uyma) ve açık ve denetlenebilir bir şekilde formüle edilme unsurlarına sahiptirler. Buna karşılık bilimsel olarak doğrulanabilir olmaları gerekli değildir. Tecrübe ilkelerinin tipik örnekleri, trafikte yapılan gözlemlerdir. Örneğin, trafik

⁷¹⁰ Ön yargılar (*Vorurteile*) kapsamında yer alan bilgiler o kadar zayıf bir olasılığa sahiptir ki, ciddi bir ispat değeri taşımazlar. Örneğin, öğrencilerin genellikle yurtdışı eğitimlerini tamamladıktan sonra ebeveynlerinin evine döndükleri, nişanlandığı zaman gelin adayının kendisine dokunulmamış olduğu, boşanma davasındaki duruşmaya davalının üç kez katılmamasının evlilik birliğini temelden sarstığı ve şehir trafiğinde deneyimli bir taksicinin duran bir araca çarpmayacağı şeklindeki kurallar bunlara örnek gösterilir ve kötü şöhretli olarak anılırlar. **MüKoZPO/Prütting**, § 286, Kn. 64; **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, § 286, Kn. 79.

⁷¹¹ **MüKoZPO/Prütting**, § 286, Kn. 58 vd.; **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, § 286, Kn. 74; **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 116. Karş. **Hainmüller**, s. 26 vd.

⁷¹² **MüKoZPO/Prütting**, § 286, Kn. 59; **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, § 286, Kn. 76.

⁷¹³ Yargıtay 9. HD, 13/02/1975 T., 1974/24312 E., 1975/9313 K.: "...Davacının beş sene süre ile her yıl 365 gün muntazaman çalıştığı ve yevmiyeye müstahak olduğu, insan gücüne ve hayatın olağan akışına aykırıdır. Hükme dayanak yapılan raporda davacının, yılın bütün gün ve haftalarında devamlı çalıştığı esasının kabul edilmiş olması doğru değildir...". Yargıtay 9. HD, 22/2/2008 T., 2007/9951 E., 2008/1787 K.: "...Davacının tüm çalışma süresince her gün fazla mesai yapıp, tüm genel tatillerde çalışması hayatın olağan akışına aykırıdır. Hastalık izin gibi sebeplerle çalışamayacak günler olduğu gözetilerek bilirkişi tarafından hesaplanan miktarlardan makul bir indirim yapılması gerekir iken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir".

⁷¹⁴ Özellikle tıp ve diğer doğa bilimlerine ait bilgilerden oluşan tecrübe kuralları hâkimi tamamen sınırlar (**Kuchinke**, s. 179) Söz gelimi, bilimsel verilere dayanarak % 99 oranında doğru olarak babalığın tespitine imkan sağlayan bilirkişi raporu bulunması halinde hâkim şahsi kanaati yerine istatistik ve mantığa dayanmak zorundadır (**Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 193).

⁷¹⁵ **Grave/Mühle**, s. 277.

levhalarının göz ardı edilmesi, kaldırılma park etme veya açık bir neden olmaksızın yoldan çıkma kusurun varlığına işaret eder⁷¹⁶. Bu hallerde de, vakıa tespiti yapan hâkimin delillerin serbestçe değerlendirilmesinin (AMUK m. 286; HMK m. 198/1) içkin sınırlarının (*immanenten Schranken*) aşılp aşılmadığına yönelik denetim yapılabilir. Çünkü bu sınırların aşılması ilgili kanun hükmünün ve dolayısıyla hukukun ihlali anlamına gelir. Örneğin, alt derece mahkemesi, bölgede yaşamayan bir kişi ile bölgede yaşayan bir kişi arasında meydana gelen bir trafik kazasını değerlendirirken, yaşam deneyimine dayanarak, bölgede yaşamayan kişinin kusurlu olduğunu varsayarsa, var olmayan bir deneyim ilkesini benimsemiş olur. Hâkimin vardığı sonuç akıl almaz olmasa da, hayat tecrübesi tarafından doğrulanmamaktadır; zira yerel bilgiye sahip olan kişinin tam da yerel bilgisi nedeniyle dikkatsiz araç kullanmış olması da bir o kadar mümkündür. Hâkim kendi deneyimlerinden sonuçlar çıkarıyorsa, bu sonuçlar yeterince makul olmalıdır⁷¹⁷. Delilleri değerlendirme konusundaki serbestlik, tespitlerin açıkça makul olmadığı durumlarda sona erer. Bunun ihlali aynı zamanda delillerin değerlendirilmesine ilişkin kanuni düzenlemenin (AMUK m. 286; HMK m. 198/1) ihlalidir ve hukuka aykırılık oluşturur⁷¹⁸.

Basit tecrübe kuralları (*einfache Erfahrungssätze*): Bu tür basit tecrübe kuralları, tecrübe ilkeleri kadar güçlü bir olasılığa sahip olamayan kurallardır. Bunlar tek başına hâkimde tam kanaati sağlamak için yeterli değildir. Bununla birlikte bu tür tecrübe kuralları, diğer emarelerle birlikte göz önünde bulundurulduğunda, emareye dayalı ispatının bir parçası olarak delillerin değerlendirilmesi açısından önemli olabilirler⁷¹⁹. Örneğin, normal bir evlilikte kadına özgü takılar kural olarak kadının kişisel kullanımına yöneliktir. Bu kural tek başına bir kanaat oluşturmaz, ancak diğer koşullarla birlikte bir kanaat oluşturmak için kullanılabilir. Böyle bir tecrübe kuralının ihlal edilmesi ya da hatalı bir şekilde varsayılması halinde, delillerin

⁷¹⁶ **MüKoZPO/Prütting**, § 286, Kn. 60-61; **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, § 286, Kn. 77.

⁷¹⁷ **Grave/Mühle**, s. 277.

⁷¹⁸ **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 193; **Grave/Mühle**, s. 277. Yargıtay HGK, 28/03/2014 T., 2013/21-2219 E., 2014/411 K.: "...somut olay incelendiğinde, davalının iş yerinde meydana gelen iş kazası nedeni ile her iki kolu dirsekten bilek altına kadar 3.derecede yanan, eller ve kollar işlevini kaybeden, bu nedenle her iki kolunu organik ve fonksiyonel olarak yitirerek %62 oranında malul kalan İbrahim Günaydın'ın çocukları olan davacılar Ayhan Günaydın, Sevgi Tetik ve Sevim Arslan'ın babalarının bu derecede ağır vücut bütünlüğünün ihlaliinden dolayı, ruhi ve asabi sağlık bütünlüklerinin ağır şekilde ihlal edildiği kabul edilmelidir. Aksinin kabulü ise, hayatın olağan akışı ile bağdaşmaz...". Yargıtay 3. HD, 15/1/2015 T., 2014/12639 E., 2015/851 K.: "...TMK'nın 331. maddesi gereğince durumun değişmesi halinde hâkim, istem üzerine nafaka miktarını yeniden belirler... Somut olayda artırılması istenen iştirak nafakası 25.06.2009 tarihindeki koşullara göre verilmiştir. Eldeki artırım davası ise 21.02.2014 tarihinde açılmıştır. Aradan geçen yaklaşık 5 yıl gibi uzun bir sürede tarafların sosyal ve ekonomik koşullarında değişme olduğu, çocuğun ihtiyaçlarının arttığı bir gerçektir. Bunun aksinin düşünülmesi hayatın olağan akışına aykırı olup, kabulü imkansızdır. Kaldı ki bu süre içinde çocuğun yaşı ve eğitim düzeyine göre ihtiyaçları da doğal olarak artmış, nafaka artırımı şartları oluşmuştur...".

⁷¹⁹ **MüKoZPO/Prütting**, § 286, Kn. 62; **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, § 286, Kn. 78.

değerlendirilmesinde makul olmayan bir gerekçe belirleyici olur ve böylece delillerin değerlendirilmesine ilişkin kanuni düzenleme (AMUK m. 286; HMK m. 198/1) ihlal edilmiş olur⁷²⁰.

Uygulamada Yargıtay, tecrübe kurallarına aykırı vakıa tespitlerini denetlemektedir^{721/722}. Öğretideki yaygın görüş de, vakıa tespitlerinde tecrübe kurallarına aykırılığın hukuka aykırılık kapsamında kanun yolunda denetlenebileceği yönündedir^{723/724}.

⁷²⁰ **Grave/Mühle**, s. 278. Emarelere dayalı ispatta tecrübe kurallarına aykırılığın temyiz denetimine tabi olduğu yönünde bkz. **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 843; **Wieczorek/Schütze/Ahrens**, § 284, Kn. 56.

⁷²¹ Yargıtay HGK, 13/12/2023 T., 2022/1177 E., 2023/1237 K.: "...Hâkim delilleri serbestçe takdir ederken, somut olay ve ilgili vakıalar hakkında mantık biliminin temel ilke ve yöntemlerine başvurur. Ayrıca, gerekli gördüğü ya da görmesi gerektiği hâllerde genel davranış ve tecrübe kurallarının yardımıyla gerçeklik algısına ulaşır. Hâkime kanunen tanınan hareket serbestisi alanı, mantık ve doğa bilimlerine ait yasaların yanı sıra somut olayın esaslı özelliklerinden çıkarılacak objektif değer ölçüleri ile sınırlandırılmıştır. Bu sınırların aşılması durumunda temyiz mahkemesinin müdahalesi elbette kaçınılmaz olacaktır...". Yargıtay 9. HD, 03.05.2004 T., 2004/22907 E., 2004/10458 K.: "...Mahkemenin vardığı sonuca göre yaklaşık 9 yıllık çalışması olan tır şoförünün asgari ücretle çalıştığının kabulü dosya içeriğine ve hayatın gerçeklerine uygun düşmemektedir...". Ayrıca yukarıda yer verilen Yargıtay HGK, 28/03/2014 T., 2013/21-2219 E., 2014/411 K.; Yargıtay 3. HD, 15/1/2015 T., 2014/12639 E., 2015/851 K.

⁷²² İsviçre Federal Mahkemesi kararına yansıyan genel tecrübe kuralına ilişkin şu örnekler zikredilebilir:

- Genel yaşam tecrübesine göre, hiçbir anne tanınmış ve mali açıdan güçlü biyolojik babadan çocuk nafakasından feragat etmez (BGer. 5P.195/2003, E. 3).

-Bir kadının üst vücudu çıplak olarak resmedilmesi, ilgili kişinin onayı olmaksızın ve böyle bir tasviri gerektirecek bir neden olmadan, duygusal/ruhsal acıya neden olan ciddi bir ihlal olarak kabul edilir (BGer. 5P.40/2003, E. 2).

- Noterlerin bilgilendirme yükümlülüklerini yerine getirdiği genel olarak kabul edilen bir tecrübe kuralıdır (BGer. 5 P.347/2004 E. 2).

- yetersiz güvenlik önlemlerinin, meydana gelen kazanın türünde bir kaza meydana getirmek konusunda genel uygunluğu, soyut-genel bir tecrübe kuralı olarak kabul edilir. ("arızalı frenler araba kazalara yol açar") (**Spühler**, Lebenserfahrung s. 393-394; **Groner**, s. 17-18).

⁷²³ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 545; **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 191, 227, 273; **Gürdoğan**, Temyiz, s. 274, 278; **Akcan**, s. 38-39; **Yavaş**, Temyiz, s. 75-76; **Pekcanitez**, Denetim, s. 233; **Atalay**, Tartışmalar, s. 213-214; **Budak/Karaaslan**, Medeni Usul, s. 449, Kn. 113; **Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu**, s. 686; **Öztek**, Şerh, s. 652-653; **Keser**, s. 241; **Bulut**, Temyiz, s. 439-440. *Taşpınar-Ayvaz*'a göre; tecrübe ve mantık kuralları hukuk kuralı değildir. O nedenle bu kurallara aykırı davranılmış olması, hukuka aykırılık olarak değerlendirilemez. Meselei maddiyenin takdirinde hatayı düzenleyen HMUK m. 428/5'in kaldırılması, temyiz sebepleri bakımından bir daraltma yaşatmış ve zorlamaya yol açmıştır. Ancak mevcut anlayışın değiştirilmesi bakımından bu hükmün kaldırılması psikolojik bir etki oluşturabilir (*Taşpınar-Ayvaz*, Temyiz, s. 177, 238). *Akkaya*'da, meselei maddiyenin takdirinde hataya ilişkin HMUK m. 428/5'in kaldırılması sonucu artık vakıa tespitlerinde tecrübe kurallarına aykırılığın hukuki mesele kapsamına girmeyeceğini, zira bu durumda bir hukuk normunun bulunması ve somut olaya uygulanması noktasında değil, maddi vakıanın tespitinde hatanın söz konusu olduğunu, Yargıtay'ın doğrudan incelemediği ve değerlendirmedeği vakıalar hakkında karar vermesinin doğru olmadığını ifade etmektedir (*Akkaya*, İstinaf, s. 208, dp. 272). Oysa yukarıda detaylı bir şekilde izah ettiğimiz üzere, vakıa tespitlerinde tecrübe kurallarına aykırılık, delillerin değerlendirilmesine ilişkin usuli düzenlemeleri ihlal ettiğinden dolayı hukuka aykırılık oluşturur, yoksa salt tecrübe kuralına aykırılık hukuka aykırılık meydana getirmez.

⁷²⁴ Alman, Avusturya ve İsviçre hukuku bakımından tecrübe kuralına aykırılığa ilişkin detaylı olarak bkz. Dördüncü Bölüm.

IV. Zamansal Yönden Hukuk Kuralı ve Objektif Hukuka Aykırılık

Kanun yolu denetimi bağlamında hukuk kuralı ve hukuka aykırılık bakımından belirleyici olan zaman dilimi konusunda sübjektif ve objektif hukuka aykırılık olmak üzere iki teori mevcuttur.

A. Sübjektif Hukuka Aykırılık/Hata

Daha ziyade eski zamanlarda taraftar bulan sübjektif teoriye göre, kanun yolu mahkemesi için yalnızca itiraz edilen karar sırasında yürürlükte bulunan hukuk belirleyicidir ve daha sonra kanunda yapılan değişiklikler göz ardı edilmelidir. Zira kanun yolu mahkemesinin görevi, alt derece mahkemesinin karar tarihinde yürürlükte olan hukuku doğru bir şekilde uygulayıp uygulamadığını denetlemektir. Bir hüküm, verildiği tarihte yürürlükte olmayan bir hukuk kuralını göz ardı ettiği için iptal edilemez⁷²⁵. Bu görüşe göre, ilk derece mahkemesi karar verdiği tarihte yürürlükte olan hukuk kuralını doğru uygulamışsa, istinaf aşamasında yapılan bir kanun değişikliği ilk derece mahkemesi kararını hukuka aykırı hale getirmez. Aynı husus, temyiz kanun yolu bakımından da geçerlidir. Temyiz mahkemesi, ilk derece ve/veya istinaf mahkemesinin karar verdiği tarihte yürürlükte olan hukuk kuralını doğru uygulayıp uygulamadığını denetleyebilir, yoksa temyiz yargılaması sırasında yapılan kanuni değişiklikleri dikkate alıp alt derece mahkemesi kararını bozamaz. Dolayısıyla hukuka aykırılık bakımından belirleyici olan, alt derece mahkemesinin sübjektif bir hatasının mevcut olup olmadığıdır.

B. Objektif Hukuka Aykırılık/Hata

Günümüzde uygulama ve öğretide tartışmasız bir şekilde kabul edilen teori, objektif teoridir. Kanun yolu denetimi bakımından önemli olan husus, itiraz edilen kararın objektif açıdan hatalı olup olmadığıdır. Kararın objektif açıdan hukuka aykırı olması, alt derece mahkemesinin hükmüne etkili olan vakıaları hukuka aykırı tespit edilmiş olmasından veya tespit edilen vakılara hükme etki edecek şekilde hukukun yanlış uygulamasından kaynaklanabilir. Ancak, tarafların dava malzemesini (vakıa ve delilleri) eksik veya yanlış

⁷²⁵ **Mattern, Friedrich**, Neues Vorbringen in der Revisionsinstanz, JZ 1963, s. 651; **Kisch, Wilhelm**, Zum Nachprüfungsrecht des Revisionsgerichtes, JR 1926, s. 456.

sunmaları mahkemenin hatalı hüküm vermesine neden olmuş ise, objektif değil, sübjektif hata söz konusu olur ve bu durum kanun yolu sebebi teşkil etmez⁷²⁶.

Öte yandan kanun yolu denetimi bakımından belirleyici olan, kanun yolu mahkemesindeki karar anı itibariyle geçerli olan hukuki durumdur⁷²⁷. Kanun yolu mahkemesi, alt derece mahkemesinin kararını, kanun yolu yargılaması sırasında geçerli olan hukuku göre denetler. Zira kanun yolu mahkemesi, kendi kararını verdiği an itibariyle geçerli olan hukuku uygulamak zorundadır. Bu nedenle alt derece ve kanun yolu yargılamasında, ihtilaflı hukuki ilişkiyi kapsadığı ölçüde, yargılama sırasında ya da itiraz edilen kararın verilmesinden sonra çıkarılan her yeni hüküm veya önceki hükmün iptal edilip edilmediği dikkate alınmalıdır⁷²⁸. Bu bağlamda, alt derece ve kanun yolu yargılaması sırasında kanunun yürürlükte olup olmadığı tek başına önemli değildir. Belirleyici faktör, hükmün somut olayın değerlendirilmesi bakımından halen geçerli/uygulanabilir olup olmadığıdır⁷²⁹. Yeni kanuni düzenlemenin somut olayın değerlendirilmesi bakımından uygulanabilir olup olmadığı, özel geçiş hükümlerine ve bu konudaki genel ilkelere göre belirlenir^{730/731}. Bu esaslara göre somut uyumsuzluk bakımından

⁷²⁶ **Rimmelspacher**, Berufungsgründe, s. 1897; **Deren-Yıldırım**, İstinafın Gereçlendirilmesi, s. 702-703; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 523; **Akil**, İstinaf, s. 361; **Atalı/ Ermenek/Erdoğan**, s. 605.

⁷²⁷ **Bettermann**, s. 370; **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 245-247; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 9; **Hk-ZPO/Koch**, § 545, Kn. 3a; **Zöller/Heßler**, § 545, Kn. 7; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 545, Kn. 7; **Musielak/Voit/Ball**, § 545, Kn. 6; **MüKoZPO/Krüger**, § 545, Kn. 9; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 545, Kn. 13; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 14; **Uhl, Matthias**, Die Abgrenzung der Rechtsprechungsbefugnisse von Tatsachengerichten und Revisionsgerichten, 2010, s. 33-34.

⁷²⁸ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 545; **Sivrihisarlı**, s. 29; **Yılmaz**, Şerh, s. 1293, 1353; **Özekes**, Pekcanitez Usul, s. 2197; **Tok**, Temyiz, s. 286; **Bulut**, Temyiz, s. 197, 273, 274; **MüKoZPO/Krüger**, § 545, Kn. 9; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 9; **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 247; **Hk-ZPO/Koch**, § 545, Kn. 3a; **Zöller/Heßler**, § 545, Kn. 7; **Musielak/Voit/Ball**, § 545, Kn. 6; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 545, Kn. 13; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 15; **Fasching**, Lehrbuch, s. 956, Kn. 1927; **Zechner**, in: **Fasching/Konecny**, § 503, Kn. 204; **Kodek**, in: **Rechberger Kommentar zur ZPO**, § 503, Kn. 29; **SHK BGG – Seiler**, Art. 99, Kn. 43; **BSK BGG – Dormann**, Art. 99, Kn. 30.

⁷²⁹ **MüKoZPO/Krüger**, § 545, Kn. 9; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 9; **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 247; **Hk-ZPO/Koch**, § 545, Kn. 3a; **Zöller/Heßler**, § 545, Kn. 7; **Musielak/Voit/Ball**, § 545, Kn. 6; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 545, Kn. 13; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 15; **ZK ZGB- Dürr**, Art. 1-B-I-IV, Kn. 43; **Bulut**, Temyiz, s. 274.

⁷³⁰ **Musielak/Voit/Ball**, § 545, Kn. 6; **MüKoZPO/Krüger**, § 545, Kn. 9; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 15; **ZK ZGB- Dürr**, Art. 1-B-I-IV, Kn. 43; **Fasching**, Lehrbuch, s. 956, Kn. 1927; **Zechner**, in: **Fasching/Konecny**, § 503, Kn. 204; **Kodek**, in: **Rechberger Kommentar zur ZPO**, § 503, Kn. 29; ; **SHK BGG – Seiler**, Art. 99, Kn. 43; **BSK BGG – Dormann**, Art. 99, Kn. 30.

⁷³¹ Kanunların zaman bakımından uygulanması hususunda detaylı olarak bkz. **Özekes, Muhammet**, Özel Hukuk – Kamu Hukuku ve Yargılama Hukuku Bakımından Kanunların Zaman İtibariyle Uygulanması, Fırat Öztan’a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 2859 vd.; **Taşpınar-Ayvaz, Sema**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013, s. 47 vd.; **Yılmaz, Halil**, Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması (6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Açısından), Terazi Hukuk Dergisi, C. 6, S. 58, 2011, s. 65 vd.

uygulanması gereken yeni kanuni düzenlemenin alt derece mahkemesince hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılık teşkil eder⁷³².

Ayrıca, alt derece yargılaması sırasında değil de, kanun yoluna başvuru veya kanun yolu yargılaması sırasında somut uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken bir yasal değişik yapılsa, bu değişiklik kanun yolu mahkemesince dikkate alınır. Dolayısıyla, kanun yolu yargılaması arasında yapılan ve somut hukuki uyuşmazlık bakımından geçerli olan bir değişiklik nedeniyle, verildiği an itibariyle doğru olan bir alt derece (ilk derece veya istinaf) mahkemesi kararına karşı başvuru kanun yolu (istinaf veya temyiz) başarılı olabilir. Ya da tam tersi bir şekilde kararın verildiği an itibariyle hukuka aykırı olan bir alt derece (ilk derece veya istinaf) mahkemesi kararı daha sonradan yapılan kanuni değişiklik nedeniyle hukuka uygun olabilir ve bu nedenle de kanun yolu (istinaf veya temyiz) başvurusu olumsuz sonuçlanabilir⁷³³.

İlaveten, bu ihtimaller somut hukuki uyuşmazlık bakımından uygulanacak kanun hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi halinde de söz konusu olabilir. Alt derece mahkemesi, uygulanacak kanun hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi ve yürürlükten kaldırılması halinde, iptal edilen hükmü esas alarak karar veremez. Aksi halde, uygulanmaması gereken bir hukuk kuralı uygulanmış olur ve bu durum hukuka aykırılık teşkil eder. Yine kanun yoluna başvuru veya kanun yolu yargılaması sırasında somut uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken bir kanun hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından kısmen veya tamamen iptal edilir ve uygulanabilir olmaktan çıkarsa, bu durum kanun yolu mahkemesince gözetilir⁷³⁴.

⁷³² Hâkimin, somut uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken kanuni değişikliğin anayasaya uygunluğunu gözetme ödevi unutulmamalıdır. Hâkim, yeni veya değişiklik yapan kanuni düzenlemenin anayasaya aykırı aykırı olduğu kanaatinde ise veya tarafların bu yöndeki iddialarını ciddi bulursa, Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla başvurmalıdır. Ayrıca, yeni kanuni düzenleme içerik itibariyle anayasaya aykırı olmamakla birlikte, bu düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihte kesin hükme bağlanmamış bütün uyuşmazlıklarda uygulanması gerekliliği anayasaya (hukuki güvenliğe, silahların eşitliğine, hukuk devletinin gereklerine, sözleşme özgürlüğüne) aykırılık teşkil ediyorsa, bu halde de öncelikle Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla başvurulmalıdır. Bu bağlamda örneğin avukatlık ücretine ilişkin Avukatlık Kanunu'nda değişiklik yapan ve bu değişikliğin derdest davalar bakımından uygulanacağını öngören 13.1.2004 tarih 5043 sayılı Kanunun 7. maddesinin hukuk devletine ve sözleşme özgürlüğüne aykırı olduğu gerekçesiyle Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin Anayasa Mahkemesi'ne başvurduğu ve Anayasa Mahkemesinin bu düzenlemeyi iptal ettiği kararı için bkz. AYM, 7/2/2008 T., 2005/128 E., 2008/54 K. Yeni düzenlemenin derdest davalara uygulanması nedeniyle ortaya çıkabilecek anayasaya aykırılıklar bakımından ayrıca bkz. **Gündoğdu**, s. 264-266; **Boyar**, Anayasa, s. 143-148.

⁷³³ **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 14; **Bettermann**, s. 370; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 545, Kn. 13.

⁷³⁴ Yargıtay HGK, 15/10/2018 T., 2017/1927 E., 2018/1471 K.: "...Görüleceği üzere dava açıldıktan sonra maddede çocuk yönünden hak düşürücü süreyi düzenleyen fıkralar Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKUN UYGULANMASI, MADDİ (FİİLİ) - HUKUKİ MESELE VE HUKUKA AYKIRILIK

§ 5 HUKUN UYGULANMASI SÜRECİNDE HUKUKA AYKIRILIK

I. Genel Olarak Hukukun Uygulanması ve Hukuki Tasım (Kıyas)

Hukukun uygulanması, genel olarak, bir hayat olayını meydana getiren somut vakıaların, bir veya birden fazla hukuk normunun kapsamına dahil edilmesi (altlama) ve böylelikle somut bir hukuki sonucun elde edilmesi sürecini ifade eder⁷³⁵. Geleneksel görüşe göre, bu uygulama sürecinin mantıksal aracı, hukuki tasımdır/kıyastır (*juristische*

Böyle olunca, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının eldeki davaya uygulanıp uygulanamayacağının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamamakta ve ancak Resmî Gazete'de yayımlandıktan sonra yürürlüğe girmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları, idari makamlar, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı açıktır. Diğer taraftan, 6100 sayılı HMK'nın 33. maddesinde "(1) Hâkim, Türk hukukunu resen uygular." şeklinde ifadesini bulan yasal ilke gözetildiğinde; eldeki dava sonuçlanıp kesinleşmeden bu davaya uygulanabilecek yasa metni Anayasa Mahkemesi'nce iptal edildiğinden, iptal kararı sonucu oluşan bu durumun kesin hüküm hâlini almamış derdest dosyalar yönünden uygulanması zorunluluğu ortadadır...". Yargıtay HGK, 7/12/2011 T., 2011/1-712 E., 2011/734 K.: "...Eldeki dava, davacı Hazine tarafından, davaya konu taşınmazın 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 4.maddesi uyarınca kıyıda kaldığı iddiasıyla 04.01.2006 tarihinde açılmış; yargılama sırasında 25.2.2009 tarihinde kabul edilen 5841 sayılı yasa ile değişik 3402 sayılı Kadastro Yasası'nın 12/3.maddesindeki yukarıda aynen açıklanan hükmün getirilmesi üzerine, Yerel Mahkemece 25.3.2010 tarihinde hak düşürücü süreden davanın reddine karar verilmiştir. Bu Kararın temyizi üzerine Özel Dairenin 4.10.2010 tarihli kararıyla; red kararına yönelik temyiz istemi reddedilmiş; hüküm mahkeme masrafı ve vekalet ücretine hasren bozulmuştur. Bu arada Anayasa Mahkemesinin 12.05.2011 gün ve E: 2009/31 K: 2011/77 sayılı kararıyla mahkemenin red kararına ve Özel Dairenin bu karara karşı temyiz isteminin reddine ilişkin kararına dayanak alınan yasa hükmü, yürürlüğü de durdurularak, iptal edilmiştir. Bu iptal kararı yayımlanmadan 17.05.2011 tarihinde mahkemece direnme kararı verilmiş ve davacı Hazine tarafından temyiz edilmiştir. Dosyanın Hukuk Genel Kurulunca temyiz incelemesinin yapılması aşamasında da Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararı 23.07.2011 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Eldeki dava sonuçlanıp kesinleşmeden bu davaya uygulanabilecek olan yasa metni Anayasa Mahkemesince iptal edilerek değiştirildiğine göre, iptal kararı sonucu oluşan durumun 28.6.1960 tarih ve 21/9 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında da belirtildiği üzere, maddi anlamda kesinleşmemiş ve derdest olan eldeki davaya da uygulanması zorunludur. Şu durumda, Anayasa Mahkemesinin iptal kararının eldeki davaya uygulanarak, yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda bu iptal kararından sonra oluşan yeni durum dikkate alınarak Özel Dairesince inceleme yapıp sonuca ulaşılması gerektiği kuşkusuzdur...".

⁷³⁵ Engisch, Logische, s. 3 vd.; Çağıl, Orhan Münir, Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş I-II, İstanbul 1966, s. 127; Aral, s. 180; Işıktaç, Hukuk, s. 105.

Syllogismus)^{736/737}. Hukuki tasım, Aristoteles'e kadar uzanan⁷³⁸ klasik mantıktaki tasımın, hukukun uygulanmasındaki görünümünü teşkil eder. Buna göre, üç önermeden meydana gelen tasımda büyük önerme uygulanacak hukuk normunu içerir. Küçük önerme, vakıa tespitleri, tespit edilen bu vakıaların hukuki nitelendirilmesinin yapılması ve bunların hukuk normunun kapsamına dahil edilmesiyle (altlamayla) oluşur. Üçüncü önerme olan sonuç/vargı da, büyük ve küçük önermenin tam olarak uyuşması ile zorunlu olarak çıkarılan somut hukuki neticeyi, yani olması gerekeni ifade eder^{739/740}.

Hukuk normlarının temel tipinde, hukuki sonuç (H) soyut kanuni vakıaya (K) bağlıdır. Dolayısıyla (H) hukuki sonucunun meydana gelip gelmediğini belirlemek için (K) kanuni vakıasının gerçekleşip gerçekleşmediği incelenmelidir. Kanuni vakıa (K), genelde, bir dizi münferit unsurdan (koşul vakılardan) (Ku1+Ku2+ Ku3) oluşur ve bunların gerçekleşip gerçekleşmediği sırayla incelenmelidir. Tespit edilen hayat olayını (S) oluşturan somut vakıalar (Su1+Su2+Su3), koşul vakıaların tamamını karşılıyorsa (yani koşul vakıalarla örtüşüyorsa- uyuşuyorsa) hukuki sonuç (H) doğar. Eğer koşul vakıaları karşılayan somut vakılardan biri gerçekleşmemişse (ya da gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilememişse), o zaman hukuki sonuç doğmaz⁷⁴¹. Konu şu şekilde formüle edilebilir:

⁷³⁶ Bu konuda detaylı olarak bkz. **Larenz**, Methodenlehre, s. 271 vd.; **Larenz/Canaris**, s. 91 vd.; **Engisch**, Logische, s. 8 vd.; **Engisch**, Einführung, s. 70 vd.; **Bydlinski**, Methodenlehre, s. 369 vd.; **Rüthers/Fischer/Birk**, Kn. 187 vd., 677 vd.; **Zippelius**, s. 79 vd.; **Pawlowski, Hans-Martin**, Einführung in die Juristische Methodenlehre, Heidelberg 1986, § 5, Kn. 104 vd.; **Gröschner, Rolf**, Subsumtion – Technik oder Theorie?, Baden-Baden 2014, s. 31 vd.; **Kuchinke**, s. 61 vd.; **Henke**, Tatfrage, s. 94 vd.; **Mitsopoulos**, Die Unterscheidung, s. 253 vd.; **Möllers**, Methodenlehre, § 4, Kn. 2 vd.; **Çağıl**, s. 127 vd., 164 vd.; **Aral**, s. 180 vd.; **Sivrihisarlı**, s. 19 vd.; **Gürdoğan**, Takdir Hakkı, s. 18 vd.; **Atalay**, Menfi Vakıalar, s. 58 vd.; **Işıktaç**, Hukuk, s. 105 vd.; **Işıktaç/Metin**, s. 180 vd.; **Kramer**, Methodenlehre, s. 40 vd.; **Uzun, Ertuğrul**, Hukuk Göstergebilimi, İstanbul 2007, s. 136 vd.; **Antalya**, HBK C. I, Kn. 2276 vd., 2293 vd.; **Okur, Sinan**, Türk Medeni Hukuku ve Borçlar Hukukunda Metot, Ankara 2022, s. 161 vd.

⁷³⁷ Hukukun uygulanması süreci, temelde, 1) vakıaların tespiti, 2) ilgili hukuk normlarının araştırılması ve bunların anlam ve kapsamının belirlenmesi, 3) vakıaların hukuki nitelendirilmesinin yapılması ve bunların hukuk normunda yer alan koşul vakıaları karşılayıp karşılamadığının belirlenmesi (altlama) ve 4) hukuki sonucun tayini şeklinde gerçekleşir (**Gürdoğan**, Takdir Hakkı, s. 18; **Rüthers/Fischer/Birk**, Kn. 665; **Bolayır**, Hukuk, s. 243).

⁷³⁸ **Gröschner**, s. 31.

⁷³⁹ Bkz. **Engisch**, Logische, s. 8 vd.; **Aral**, s. 180; **Çağıl**, s. 165; **Bydlinski**, Methodenlehre, s. 369, 395; **Zippelius**, s. 79; **Larenz**, Methodenlehre s. 271, 273-274; **Kramer**, Methodenlehre, s. 40-41; **Işıktaç**, Hukuk, s. 107; **Möllers**, Methodenlehre, § 4, Kn. 3.

⁷⁴⁰ Klasik tasıma verilen tipik örnek şu şekildedir;

-Tüm insanlar ölümlüdür (Büyük önerme)

-Sokrates bir insandır (Küçük önerme)

= Sokrates ölümlüdür (Sonuç). **Möllers**, Methodenlehre, § 4, Kn. 5.

⁷⁴¹ **Zippelius**, s. 25; **Çağıl**, s. 165-169; **Atalay**, Menfi Vakıalar, s. 58-60.

Büyük önerme: Kanun hükmü = K (kanuni vakıa unsurları : Ku1+Ku2+ Ku3) + H
(hukuki sonuç) (K mevcut ise, H meydana gelir).

Küçük önerme: Somut hayat olayı (S) (Su1+Su2+Su3): Ku1+Ku2+Ku3 (vakıa tespiti +
hukuki nitelendirme + altlama) (S, K'nin somut durumudur, onunla uyushmaktadır).

Sonuç: S için H meydana gelir.

Hukuk normu (Büyük önerme)	Somut hayat olayı (Vakıa Tespiti) (Küçük önerme)
Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. (TBK m. 49/1) ⁷⁴² .	A, bisiklet sürerken dikkatsizliği ve hızlı sürüş tarzı nedeniyle karşıya geçmekte olan B'ya çarpıştır. B'nin vücudunda bu kaza nedeniyle sıyrıklar oluşmuş ve B tedavi masrafı olarak 5.000 TL ödemek zorunda kalmıştır ⁷⁴³ .

Hukuki Nitelendirme ve Altalama (Küçük önerme)

Kusurlu	ve hukuka aykırı bir fiille	başkasına zarar veren	bu zararı gidermekle yükümlüdür
↓	↓	↓	↓
A, dikkatsizliği ve hızlı sürüş tarzı nedeniyle.	A, bisikleti ile B'ye çarpmıştır.	B'nin vücudunda bu kaza nedeniyle sıyrıklar oluşmuş ve B tedavi masrafı olarak 5.000 TL ödemek zorunda kalmıştır.	Tedavi masrafları 5.000 TL'dir.
Sonuç:	A, TBK m. 49/1 uyarınca B'nin uğradığı 5.000 TL tutarında zararı tazmin etmekle yükümlüdür ⁷⁴⁴ .		

⁷⁴² Hemen belirtelim ki, somut büyük önermenin oluşturulması aşağıda gösterileceği üzere çok daha yoğun ve kapsamlı bir faaliyetdir ve genelde birden fazla kanun hükmünün bir araya getirilmesiyle oluşturulur.

⁷⁴³ Örnekte somut hayat olayındaki vakıaların usulüne uygun olarak tespit edildiği varsayımından hareket edilmiştir. Öte yandan vakıalar ispat hukuku kurallarına göre tespit edilir. Bir vakıayı tespit etmek için başvuru usul hukuku kuralı, o vakıanın tespitinde büyük önerme oluşturur ve bu süreçte de bir hukuki tasım gerçekleştirilir. Dolayısıyla genel tasımın içinde alt tasımlar da mevcuttur ve bu bağlamda tasımlar zincirinden söz edilebilir (genel tasımın içinde alt tasım durumu için bkz. **Engisch**, Logische, s. 16-17).

⁷⁴⁴ Kıyasen bkz. **Möllers**, Methodenlehre, § 4, Kn. 4.

Hukukun uygulanması faaliyetinin her aşamasında hukuka aykırılık söz konusu olabilir⁷⁴⁵. İlgili hukuk kural(lar)ının tespitinde, yorumunda, altlama faaliyetinde veya soyut hukuki sonucun belirlenmesinde hata yapılması, hukuka aykırılık teşkil eder⁷⁴⁶. Bundan sonraki bölümde hukukun uygulanması faaliyetinin aşamaları ve bu aşamalara göre söz konusu olabilecek hukuka aykırılıklar ele alınacaktır.

II. Büyük Önermenin Oluşturulması ve Hukuka Aykırılıklar

Soyut bir hukuk normunun bir hayat olayına uygulanabilmesi için öncelikle hukuk normunun hazırlanması, yani hukuk normunun altlamaya elverişli bir büyük önerme şeklinde somutlaştırılması gerekir. Bu, genellikle tek bir adımda değil, çok aşamalı bir süreçte gerçekleşir⁷⁴⁷. Büyük önerme, yorum ve benzeri işlemler (analoji, amaçsal indirgeme gibi işlemler) yoluyla hayat olayını kapsamaya/altlamaya uygun hale gelene kadar somutlaştırılır⁷⁴⁸. Bir yandan, yalnızca somut hayat olayının atıfta bulunduğu durumlar büyük önermeye dahil edilir; diğer yandan, somut hayat olayı yalnızca, içinde önemli olanın önemsiz olandan ayrılacağı büyük önerme temelinde değerlendirilir. Yani, hayat olayına göre büyük önerme oluşturulur, öte yandan somut hayat olayında neyin önemli neyin önemsiz olduğu büyük önermeye göre belirlenir. Örneğini yukarıdaki haksız fiil örneğinde A'nın bisikleti ile çarptığı B'nin karşıya geçerken gerekli dikkat ve özeni gösterip göstermediğine dair herhangi bir husus (müterafik kusur teşkil eden somut vakıa) ileri sürülmemişse, artık tazminat miktarının belirlenmesi bakım ilgili kanun hükmü (TBK m. 52/1) altlamaya elverişli büyük önermenin oluşturulmasında dikkate alınmaz. Bu hayat olayı ile büyük önerme arasındaki karşılıklı etkileşim (*Wechselwirkung*) meselesidir, bakışların büyük önerme ile hayat olayı arasında gidip gelmesidir (*Hin- und Herwandern des Blickes*)⁷⁴⁹. Bakışların hayat olayı ile hukuk normları

⁷⁴⁵ Holzheid, s. 50; Zöller/Heßler, § 546, Kn. 6-7; AK-ZPO/Ankermann, § 550, Kn. 6; Fasching, Lehrbuch, s. 952, Kn. 1918.

⁷⁴⁶ Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 833 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren -Yıldırım, s. 470, 524; Gürdoğan, Takdir Hakkı, s. 18 vd.; Akcan, s. 30; Akkaya, İstinaf, s. 205-206; Akil, İstinaf, s. 354-355; Yavaş, Temyiz, s. 75 vd.; Yavaş, Mihbir, s. 257 vd.; Özkes, Pekcanitez Usul, s. 2301-2302; Budak/Karaaslan, Medeni Usul, s. 448, Kn. 111; Karşı, Medeni Muhakeme, s. 795; Pekcanitez, Temyiz Denetimi, s. 222 vd.; Bolayır, Hukuk, s. 347-348; Tanrıver, Usul C.2, s. 85-86; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 640; Öztekin, Şerh, s. 667; Tok, Temyiz, s. 261; Bulut, Temyiz, s. 373 vd.; Fasching, Lehrbuch, s. 896, Kn. 1773 ve s. 952, Kn. 1918; Rechberger/Simotta, s. 624, Kn. 1094 ve s. 645, Kn. 1118; Holzheid, s. 50; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 24-26; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 24-26; MüKoZPO/Rimmelspacher, § 513 Kn. 10-11; Rimmelspacher, Berufungsgründe, s. 1899 vd.; Doukoff, s. 121, Kn. 455-456; Zöller/Heßler, § 513, Kn. 2 ve § 546, Kn. 6-7; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 7, 12; Seiler, s. 197-198, Kn. 453.

⁷⁴⁷ Engisch, Logische, s. 14-15.

⁷⁴⁸ Bydliński, Methodenlehre, s. 417; Engisch, Logische, s. 14.

⁷⁴⁹ Engisch, Logische, s. 15.

arasında bu şekilde gezinmesi, hukukun uygulanmasının genel karakteristik özelliğidir. Başlangıçta, vakıalara uyabilecek (ilgili) hukuk normlarının seçimini belirler. Daha sonra (çeşitli nedenlerle) uygulanamaz olduğu ortaya çıkanların elenmesini sağlar⁷⁵⁰. Ayrıca, büyük önerme ile hayat olayı arasında gidip gelen bakış, hukuk normunun yorumu açısından da büyük önem arz eder. Zira, hukuk normu somut olay göz önünde bulundurarak yorumlanmalıdır⁷⁵¹ ve dolayısıyla somut vakıalar normun yorumlanmasının hangi yönde ilerleyeceğini de belirler⁷⁵².

Öte yandan büyük önerme, genellikle, tek bir hukuk normundan kolayca oluşturulamaz. Davada karar vermek için ihtiyaç duyulan büyük önermenin oluşturulması için kanun(lar) da dağılmış halde bulunan hükümler anlamlı bir bütün haline getirmelidir⁷⁵³. Söz gelimi haksız fiilden dolayı tazminat örneğinde somut hukuki sonuç bakımından büyük önerme sadece TBK m. 49/1'e göre tayin edilmez. Büyük önermenin oluşturulmasında, somut vakıalara göre, zarar ve tazminat miktarının belirlenmesi bakımından TBK m. 50, m. 51, m. 52 ve m. 54'ün de anlamlı bir bütün teşkil edecek şekilde bir araya getirilmesi gerekir.

Büyük önermenin oluşturulmasına ilişkin tüm meseleler hukuki meseledir ve bu bağlamda yapılan eksiklik ve hatalar hukuka aykırılık teşkil eder⁷⁵⁴. Bu bağlamda ortaya çıkabilecek hukuka aykırılıklar, temelde, şu şekilde gerçekleşebilir;

- a) Tespit edilen somut vakıalara uymayan (ilgili olamayan) hukuk kuralı uygulanırsa,
- b) Hiç var olamayan veya geçerli olamayan bir hukuk kuralı kullanılırsa⁷⁵⁵,
- c) Kullanılması ve uygulanması gereken birden fazla hukuk kuralından biri göz ardı edilirse⁷⁵⁶ (örneğin, bedensel bir zarar nedeniyle tazminat miktarı belirlenirken sadece TBK m.

⁷⁵⁰ **Rüthers/Fischer/Birk**, Kn. 660.

⁷⁵¹ BGE 129 III 335, 340 (E. 4):“...Kanun, öncelikle kendisi içinde, yani metin, anlam, amaç ve temelindeki değerlendirmeler ve hedefler doğrultusunda yorumlanmalıdır. Bu yorumlama sürecinde, hukuk normunu oluşturanın sadece metin olmadığı, ancak vakıalara dayanan ve somutlaşan kanun olduğu unutulmamalıdır. Normatif yapıda objektif doğru kararın verilmesi, “ratio legis”e dayanarak tatmin edici bir sonuç elde etmeyi amaçlamaktadır...”.

⁷⁵² **Zippelius**, s. 73-74.

⁷⁵³ **Engisch**, Einführung, s. 97, 101.

⁷⁵⁴ **Holzheid**, s. 50; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 6-7; **AK-ZPO/Ankermann**, § 550, Kn. 6; **Fasching**, Lehrbuch, s. 952, Kn. 1918; **Zippelius**, s. 75.

⁷⁵⁵ **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 14; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 4; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 7.

⁷⁵⁶ **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 6-7; **AK-ZPO/Ankermann**, § 550, Kn. 6.

49, m. 50 ve m. 54 dikkate alınıp, koşulları oluşmasına rağmen TBK m. 52 dikkate alınmaz ve dolayısıyla tazminatta indirim yapılmazsa),

d) Hukuk kuralının yorumunda, yani hukuk metnindeki ifadenin kapsadığı çeşitli anlamlar arasından doğru ve belirleyici olanın⁷⁵⁷ tespitinde hata yapılırsa (örneğin, kusur, zarar, mülkiyet, zilyetlik, mücbir sebep, kamu düzeni ve haklı sebep hukuki kavramları yanlış (ve anayasaya aykırı) yorumlanırsa)⁷⁵⁸,

e) Yasal düzenlemelerde boşluk bulunması halinde, bu boşlukların doldurulması veya tamamlanmasında hata yapılırsa (örneğin, analojiye, amaçsal indirgemeye (teleolojik redüksiyona), örf ve adet hukukuna, hâkimin hukuk yaratmasına (TMK m. 1/2) ilişkin koşullar yanlış değerlendirilir veya bu hususlar hatalı bir şekilde uygulanırsa⁷⁵⁹,

f) Normların rekabeti/çatışması ((*Norm-konkurrenz/kollisionen*) halinde büyük önermenin oluşturulmasında hata yapılırsa (örneğin, somut vakıaya uygulanabilen ve birbiriyle çelişkili olan, sonraki özel kanun yerine önceki genel kanun uygulanırsa veya kanun hükmü yerine yönetmelik hükmü uygulanırsa) hukuka aykırılık meydana gelir.

III. Küçük Önermenin Oluşturulması ve Hukuka Aykırılıklar

Küçük önerme, 1) somut hayat olayını meydana getiren vakıaların, kural olarak, sunulması, 2) bu somut vakıaların fiili kavramlar haline getirilerek tespit edilmesi, 3) tespit edilen somut vakıaların hukuken değerlendirilmesi (hukuki nitelendirilme yapılması) ve 4) bunların hukuk normunda yer alan koşul vakıaların (hukuki kavramların) kapsamında yer alan vakıalar olarak değerlendirilmesiyle (altlamayla) oluşturulur⁷⁶⁰. Küçük önermenin oluşturulması bakımından yapılan altlama faaliyeti, tespit edilen somut vakıaların hukuk normunda yer alan kanuni (koşul) vakıaların kapsamına sokulmasını ifade eder⁷⁶¹. Bu

⁷⁵⁷ Zippelius, s. 40.

⁷⁵⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 24-25; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 26; Schilken, ZPR, s. 436, Kn. 947; Rimmelspacher, Berufungsgründe, s.1899; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 31; Thomas/Putzo/Reichold, § 546, Kn. 1; Pekcanitez, Temyiz Denetimi, s. 222.

⁷⁵⁹ Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 7; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 14; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 4

⁷⁶⁰ Engisch, Logische, s. 19; Larenz, Methodenlehre, s. 278; Çağıl, s. 164.

⁷⁶¹ Engisch, Logische, s. 19; Engisch, Einführung, s. 86; Larenz, Methodenlehre, s. 274, 278; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 26; Schilken, ZPR, s. 437, Kn. 949; Çağıl, s. 164; Bydlinski, Methodenlehre, s. 395, 397; Aral, s. 104; Kramer, Methodenlehre, s. 40-41; Uzun, Göstergibilim, s. 136.

bağlamda, somut vakıanın normun koşul vakıasını karşılayıp karşılamadığı incelenir⁷⁶². Bu konuda bir belirleme yapılabilmesi için öncesinde tespit edilen vakıaların hukuken değerlendirilmesi, yani hukuki nitelendirilmesinin yapılması gerekir⁷⁶³. Şayet tespit edilen ve hukuki nitelendirilmesi yapılan somut vakıalar, bütünüyle ya da en azından temel özellikleriyle⁷⁶⁴ kanuni (koşul) vakıaların kastettiği şeyler ile örtüşüyorsa ve uyuşuyorsa⁷⁶⁵, altlama gerçekleşmiş olur. Aksi durumda altlama reddedilir⁷⁶⁶.

Küçük önermenin oluşturulmasında hukuka aykırılık teşkil edecek hatalar söz konusu olabilir. Bu bağlamda,

a) Somut vakıaların sunulması ve tespitinde hukuki hatalar yapılırsa (örneğin, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin geçerli olduğu bir uyuşmazlıkta taraflarca ileri sürülmeyen bir vakıa tespiti yapılırsa veya kullanılması yasak olan bir delile dayanılarak vakıa tespit edilirse veya sadece kesin delillerle ispat edilebilen bir hukuki işlem caiz olmayan tanık delili ile tespit edilirse⁷⁶⁷),

b) Tespit edilen somut vakıanın, hukuk kuralında ifade edilen soyut (koşul) vakıaya altlanması, yani hukuk normunun kapsamına sokulması faaliyetinde, hukuki nitelendirilmesinde hata yapılırsa (örneğin, söylendiği tespit edilen ve eleştiri sınırları içerisinde yer alan bir beyan hakaret olarak nitelendirilirse⁷⁶⁸, basit ihmal teşkil eden davranış ağır ihmal olarak kabul edilirse veya taraflarca akdedilen bir eser sözleşmesi yanlışlıkla hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilirse) hukuka aykırılık söz konusu olur⁷⁶⁹.

⁷⁶² Möllers, Methodenlehre, § 4, Kn. 3.

⁷⁶³ Çağıl, s. 164.

⁷⁶⁴ Engisch, Logische, s. 26, 31.

⁷⁶⁵ Bu örtüşme-uyuşmanın ne anlama geldiği, tartışmalıdır. Engisch'e göre, somut vakıaların kanuni vakıalara altına sokulup uyuşmanın var olduğunu söylemek, somut vakıalarla kanuni vakıaları eşitlemek anlamına gelir (Engisch, Logische, s. 19, 26). Diğer bir görüşe göre, bunları eşitlemek tümdengelim ve analogi (bu durumda vakıalar arasında analogi) arasındaki ayrımı bulanıklaştırır ve bunun herhangi bir belirgin avantaj yoktur. Bu halde bir eşitleme değil, somut vakıanın kanuni vakıanın somut bir özelliği-durumu olduğu tespit edilmiş olur (Bydlinski, Methodenlehre, s. 397; Larenz, Methodenlehre, s. 271, 274). Başka bir görüşe göre, altlamak, (kısmi) bir özdeşlik (Identität) kurmak anlamına gelir. Bu anlamda, özel bir kavram daha genel bir kavramın altında yer alabilir (Zippelius, s. 79).

⁷⁶⁶ Engisch, Logische, s. 33.

⁷⁶⁷ Yavaş, Senetle İspat, s. 136 vd. Vakıa tespitlerinde hukuka aykırılık için detaylı olarak bkz. aşağıda s..

⁷⁶⁸ Budak/Karaaslan, Medeni Usul, s. 449, Kn. 111.

⁷⁶⁹ Altlama hatası konusunda detaylı olarak bkz. § 3/III/B/1.

IV. Hukuki Sonucun Tayini ve Hukuka Aykırılıklar

Yukarıda ifade edildiği üzere, hukuk kuralında öngörülen hukuki sonucun doğması için koşul vakıaları karşılayan somut vakıaların tamamının gerçekleşmiş olduğunun tespit edilmesi gerekir. Bu bağlamda somut vakılardan biri gerçekleşmemişse (veya gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilememişse), hukuki sonuç doğmaz⁷⁷⁰.

Bazı durumlarda hukuk kuralında öngörülen soyut hukuki sonuç, somut hayat olayı bakımından daha fazla somutlaştırma gerektirmez. Söz gelimi, haksız fiilden kaynaklanan tazminat talebi, kural olarak, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar (TBK m. 72/1). Bu bağlamda, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiğine ve öğrenme tarihinden itibaren iki yılın geçtiğine ilişkin somut vakıalar tespit edilirse, tazminat talebinin zamanaşımına uğradığına ilişkin soyut hukuki sonuç ile somut hukuki sonuç neredeyse örtüşür. Bununla beraber, soyut hukuki sonuç çoğu zaman somut hayat olayı bakımından somut hukuki sonucu belirlemek için yeterli değildir. Örneğin, A'nın B'ye bisikleti ile çarpması hayat olayında TBK m. 49/1'e göre soyut hukuki sonuç A'nın, B'nin uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olmasıdır. Zararın miktarını ve dolayısıyla A'nın tazmin yükümlülüğünün tam içeriğini (yani somut hukuki sonucu) belirlemek için genellikle çok daha kapsamlı araştırmalar gereklidir⁷⁷¹. Soyut hukuki sonucun (örneğin zarar kavramının) yanlış değerlendirilmesi ve soyut hukuki sonucun somutlaştırması (yani somut hukuki sonuca dönüştürülmesi) bakımından yanlış veya açıkça alakasız hususlara dayanılması ve önemli olan vakıaların göz ardı edilmesi (örneğin zararın tayininin yanlış veya açıkça alakasız hususlara dayandırılması, zararın tayini bakımından önemli olan vakıaların göz ardı edilmesi⁷⁷²) hukuka aykırılık teşkil eder. Buna karşılık, somut hukuki sonucu tayin bakımından önemli olan vakıaların meydana gelip gelmemesi (örneğin zararın meydana gelip gelmediği veya miktarı⁷⁷³)

⁷⁷⁰ Umar/Yılmaz, s. 1; Zippelius, s. 25; Çağır, s. 165-169; Atalay, Menfi Vakıalar, s. 60.

⁷⁷¹ Larenz, Methodenlehre, s. 276-277.

⁷⁷² Hk-ZPO/Koch, § 546, Kn. 20; Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 13; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 546, Kn. 17; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 29; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 14; Vogel/Spühler/Gehri, s. 393; Däniken, s. 42; Messmer/Imboden, s. 135; Leuenberger/Uffer-Tobler, s. 432, Kn. 12.25; BSK BGG – Schott, Art. 95, Kn. 29-30; HAP Bundesgericht – Münch/Luczak, § 2, Kn. 2.55; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 10 ve 25; BSK BGG – Dormann, Art. 105, Kn. 35b. Zarar bakımından ayrıca bkz. § 6/III/A ve § 6/III/E/3.

⁷⁷³ Däniken, s. 42; Messmer/Imboden, s. 135; Leuenberger/Uffer-Tobler, s. 432, Kn. 12.25; BSK BGG – Schott, Art. 95, Kn. 29-30; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 29; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 14.

hukuki mesele kapsamında yer almaz ve bu hususlar (vakıalar) bakımından yalnızca vakıa tespitlerinde hukuki hata, hukuka aykırılık teşkil eder.

Hukuki sonucu tayin bakımından söz konusu olabilecek hukuka aykırılıklar, temelde, şöyledir;

a) Hukuk kuralında yer alan soyut (koşul) vakıaları karşılayan somut vakılardan birinin gerçekleştiği tespit edilmemesine rağmen, hukuk kuralında öngörülen hukuki sonuç tayin edilirse (örneğin, haksız fiilden dolayı bir tazminat talebinde, haksız fiili gerçekleştiren kişinin kusurlu olduğunu ortaya koyan vakıa(lar) tespit edilmeden TBK m. 49/1 uyarınca tazminata karar verilirse⁷⁷⁴),

b) Hukuk kuralında öngörülen soyut hukuki sonuç yanlış değerlendirilirse (TBK m. 49/1'e uyarınca ödenmesi gereken zarar kavramı yanlış anlaşılırsa)

c) Hatalı bir şekilde, hukuk kuralında öngörülen hukuki sonuçtan başka bir hukuki sonuç belirlenirse (örneğin, boşanma sebebinin ispatlandığı bir davada sadece ayrılık talebinde bulunulmasına rağmen TMK m. 170/2'de öngörülme⁷⁷⁵ boşanmaya karar verilirse),

d) Hukuk kuralında öngörülen hukuki sonuç kendisini düzenleyen hukuk kuralını ihlal edecek bir şekilde tayin edilirse (örneğin, iki haftalık cevap süresi içerisinde cevap dilekçesini hazırlanmasının imkansız olması nedeniyle usulüne uygun ek süre talebinde (HMK m. 127/1) bulunan davalıya, somut olayın koşulları göz önünde bulundurulmaksızın haksız bir şekilde 2 günlük ek süre verilirse), hukuka aykırılık meydana gelir⁷⁷⁶.

⁷⁷⁴ **Kuru**, HMK El Kitabı, C. 2, s. 1397; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz**, s. 642; **Yavaş**, Mihbir, s. 258.

⁷⁷⁵ TMK m. 170/1'e göre; boşanma sebebi ispatlanmış olursa, hâkim boşanmaya veya ayrılığa karar verir. TMK m. 170/2'ye göre; dava yalnız ayrılığa ilişkinse, boşanmaya karar verilemez.

⁷⁷⁶ Hukuki sonucu tayinde takdir yetkisinin denetimi için bkz. § 6/III/E.

§ 6 MADDİ (FİİLİ) - HUKUKİ MESELE VE HUKUKA AYKIRILIK

I. Genel Olarak Maddi (Fiili) - Hukuki Mesele ve Ayrımın Önemi

Maddi (fiili) mesele⁷⁷⁷, genel olarak, bir vakıanın meydana gelip gelmediğine yönelik vakıa tespitlerini, bu tespitleri gerçekleştirmek için yapılan delil değerlendirmesini ve vakıa tespitlerine yönelik sonuç ve çıkarımları kapsar⁷⁷⁸. Hukuki mesele⁷⁷⁹ ise, vakıaların hukuki değerlendirmesini, tespit edilen vakılardan elde edilen tüm hukuki çıkarımları ve tespit edilen vakılara hukukun uygulanmasını (ilgili hukuk kural(lar)ının tespitini, yorumunu, altlanması ve soyut hukuki sonucun tayinini) içerir⁷⁸⁰. Fiili meseleler, kural olarak, ilgili meselenin bağlayıcı tespiti için ispat faaliyetinin gerçekleştirilebildiği hallerde söz konusu olur, yani fiili meselelerin tespiti kural olarak tarafların iddialarına ve ihtilafına dayanır. Çünkü, kural olarak, yalnızca taraflarca ileri sürülen ve tarafların üzerinde anlaşamadıkları vakıalar hakkında delil ikamesi yapılır. Buna karşılık hukuk, taraflarca iddia edilmese bile uygulanır ve kural olarak hukuki meseleler hakkında delil ikamesi gerçekleştirilmez⁷⁸¹. Fiili meseleler, kural olarak, tarafların iddialarına binaen deliller vasıtasıyla gerçekleştirilen ispat faaliyeti yoluyla cevaplandırılan sorular olduğundan, kim, ne, nerede, ne zaman, nasıl, neyle, neden sorularının yanıtı fiili mesele teşkil eder⁷⁸². Uyuşmazlık konusunun dayandığı hayat olayına ilişkin vakıaların tespitinin yanı sıra usuli vakıaların tespiti de fiili meselelerin kapsamına dahildir. Bu bağlamda usuli vakılardan kasıt, tarafların talepleri, vakıa iddiaları, usuli beyanları, delil

⁷⁷⁷ *Tatfrage*.

⁷⁷⁸ **Holzhammer**, s. 337; **Rechberger/Simotta**, s. 644, Kn. 1117; **Kodek**, in: *Rechberger Kommentar zur ZPO*, § 498, Kn. 2; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 498, E17; **Vogel/Spühler/Gehri**, s. 392; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s 432, Kn. 12.22; **SHK BGG – von Werdt**, Art. 105, Kn. 7.

⁷⁷⁹ *Rechstfrage*.

⁷⁸⁰ **Vogel/Spühler/Gehri**, s. 392; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s 432, Kn. 12.22; **Holzhammer**, s. 337; **Rechberger/Simotta**, s. 644, Kn. 1117; **Kodek**, in: *Rechberger Kommentar zur ZPO*, § 498, Kn. 2.

⁷⁸¹ **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 7, 24.

⁷⁸² **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn.28; **BSK BGG – Dormann**, Art. 105, Kn. 34a; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 24.

ikameleri, bir tanık beyanının içeriği, bir bilirkişi veya keşif vesilesiyle yapılan fiili tespitlerdir^{783/784}.

Hukuki mesele ve fiili mesele arasındaki ayırım usul hukukunun tamamına yayılmıştır. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi bu ayrımı varsayar/şart koşar. Hâkim, fiili mesele hakkında tarafların beyanları ve delillerin ikamesi temelinde karar verir; hukuki mesele hakkında ise, tarafların beyanlarına bağlı olmaksızın, edinmesi gereken kendi hukuk bilgisine dayanarak karar verir (iura novit curia). Yine ispatın konusunu sadece fiili meseleler teşkil eder, buna karşılık, kural olarak, hukuki meseleler ispatın konusunu teşkil etmezler. Ayrıca, geç ileri sürülen beyanların yasaklanması (yani hak düşürücü kurallara tabi olması) sadece fiili meselelere ilişkin beyanlar bakımındandır⁷⁸⁵.

Bu ayırım, kanun yolu yargılamasında hukuka aykırılık denetimi bakımından da büyük öneme sahiptir. Zira, prensip olarak, hukuki meselelerde yapılan her türlü eksiklik ve hata hukuka aykırılık oluşturur. Ayrıca bu ayırım kanun yolu mahkemelerince yapılan denetimin

⁷⁸³ **Stachelin/Stachelin/Grolimund – Stachelin/Bachofner**, § 27, Kn. 35; **SHK BGG – von Werdt**, Art. 105, Kn. 5. *Guldener*’e göre, “ne oldu, ne oluyor, ne olacak” sorularının yanıtı fiili mesele, buna karşı “ne olmalı” sorusunun yanıtı hukuki mesele teşkil eder. Özellikle şu hususlar hukuki mesele teşkil eder; a) bir vakıanın, kararda dikkate alınabilmesi için, yargılamada ileri sürülmek zorunda olup olmadığı, b) vakıa iddialarının ve delillerin yargılamanın hangi aşamasında kadar ileri sürülebileceği, c) bir delilin hâkim tarafından serbestçe mi yoksa kanuni ispat kurallarına göre mi değerlendirilmesi gerektiği, d) hangi tarafın ispat yükü altında olduğu, e) bir hukuk normunun yürürlüğe girip girmediği ve normun zaman ve mekan itibarıyla hangi kapsamda geçerli olduğu, f) kanunda kullanılan bir kavramın ne anlama geldiği veya hukuk normunun nasıl yorumlanması gerektiği, g) iddia edilen, ikrar edilen veya ispatlanan bir vakıanın hukuki önemi. Buna karşılık şu hususlar fiili mesele teşkil eder; a) bir vakıanın iddia edilip edilmediği veya bir delile başvurulup başvurulmadığı, b) bir delilin ispatı sağlayıp sağlamadığı, c) bir vakıa iddiasının gerçek olup olmadığı, d) bir ispat aracının elverişli olup olmadığı, e) bir tanığın beyanının ikna edici olup olmadığı, f) bir bilirkişi görüşünün isabetli olup olmadığı, g) tespit edilmiş vakıaların temellerinden, tespit edilmesi gerekli vakıa sonuçlarının tecrübe kurallarına binaen çıkarılıp çıkarılmayacağı (**Guldener**, s. 478-479).

⁷⁸⁴ Avusturya hukukunda fiili ve hukuki meselenin yanı sıra karma mesele (*gemischte Frage (quaestio mixta)*) ayrımı da mevcuttur. Belli bir vakıa sadece hukuki değerlendirmenin objesi değil, bizzat hukuk normunun parçası ise, karma mesele söz konusu olur. Başka bir deyişle, kanun koyucu hukuk normunun dayandığı bir vakıayı sadece bu normun hukuki değerlendirmesinin konusu olarak değil, aynı zamanda bu normun içine yerleşen, bu normun ayrılmaz bir parçası teşkil eden ve bu normu uygulanabilir kılan bir unsur olarak düzenlemişse, karma mesele mevcuttur. Hukuki ve fiili meseleler arasında böylesine ayrılmaz bir bağlantı mevcut ise veya fiili mesele bir kenara bırakıldığında hukuk normunun uygulanması imkansız veya faydasız (amaçsız) olacaksa, hukuki itirazla birlikte (AvMUK m. 503/IV) karma mesele bütünüyle temyiz mahkemesinde ileri sürülebilir. Örneğin, aldatma (hile) kastı (*Täuschungsabsicht*) hem hukuki hem de fiili bir kavramdır (**Holzhammer**, s. 337; Fasching, Lehrbuch, s. 953-954, Kn. 1923; **Rechberger/Simotta**, s. 644-645, Kn. 1117; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 208; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 316-317, Kn. 587). Öğretideki diğer bir görüşe göre fiili mesele ile hukuki meselenin birbirinden ayrımının kimi hallerde mümkün olmadığı ve bu noktada karma mesele ayrımının yapılması sözde (görünürde) bir problemdir. Zira hukuki meseleler her zaman fiili meselelerden ayrılabilir (**Fasching**, Lehrbuch, s. 953-954, Kn. 1923; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 209).

⁷⁸⁵ **Däniken**, s. 2-4; **Groner**, s. 4-5; **Riehm**, Abwägungsentscheidungen, s. 38-39; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 5; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 4; **Larenz**, Methodenlehre, s. 307-308.

içeriksel sınırları bakımından da önemlidir. İstinaf mahkemesi, yapılan denetimin kapsamı bakımından, bir tam kanun yolu⁷⁸⁶ niteliğini haiz olup, hem fiili hem de hukuki mesele kapsamında yapılan her türlü hata ve eksikliği denetleyebilir⁷⁸⁷. Temyiz mahkemesi ise, yapılan denetimin kapsamı bakımından, bir eksik kanun yolu⁷⁸⁸ niteliğini haizdir⁷⁸⁹. Temyiz mahkemesi, kural olarak, alt derece mahkemelerince yapılan fiili meselelere ilişkin tespitlerle bağlı olup, sadece hukuki meselelerde (HMK m. 371/1; AMUK m. 545, m. 546, m. 559; AvMUK m. 503; İFMK m. 95, m. 97, m. 105) yapılan hata ve eksiklikleri denetleyebilir. Temyiz mahkemesinin, fiili meseleleri ilişkin denetimi, bunların hukuk kurallarına uygun bir şekilde tespit edilip edilmediği ile sınırlıdır⁷⁹⁰. Fiili meselelerin hukuk kurallarına uygun bir şekilde tespit edilip edilmediği de zaten özünde bir hukuki mesele teşkil eder. Bu nedenlerle, fiili -hukuki mesele ayrımı, özellikle temyiz kanun yolu denetiminin içeriği bakımından önemli bir yer tutar⁷⁹¹.

⁷⁸⁶ *vollkommene Rechtsmittel*.

⁷⁸⁷ **Guldener**, s. 484-485; **Seiler**, s. 186, Kn. 428-429; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 5-6; **ZPO Rechtsmittel – Stauber**, Art. 310, Kn. 2; **Alangoya/Yıldırım/Deren -Yıldırım**, s. 522-523; **Akil**, İstinaf, s. 205 vd.; **Akkaya**, s. 198, 210 vd. **Özekes**, İstinaf, s. 3105; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 608; **Karlı**, Medeni Muhakeme, s. 794.

⁷⁸⁸ *unvollkommene Rechtsmittel*.

⁷⁸⁹ **Guldener**, s. 484-485; **Meier**, sZPO, s. 453-454; **Berti**, s. 139, Kn. 417; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s. 426, Kn. 12.3; **Spühler/Vock**, s. 4; **Stahelin/Stahelin/Grolimund – Stahelin/Bachofner**, § 25, Kn. 6; **Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler**, s. 399-400.

⁷⁹⁰ Vakıa tespitlerinde hukuka aykırılık için bkz. § 7.

⁷⁹¹ **Yıldırım**, İstinaf, s. 12; **Yıldırım**, Kanun yolu, s. 291; **Öztek**, Şerh, s. 29, 30, 52; **Pekcanitez**, Denetim, s. 227; **Gürdoğan**, Temyiz, s. 238 vd.; **Rechberger/Simotta**, s. 644, Kn. 1117; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 205; **Fasching**, Lehrbuch, s. 953, Kn. 1922; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 498, Kn. 2; **Guldener**, s. 478; **Däniken**, s. 1-7; **Stahelin/Stahelin/Grolimund – Stahelin/Bachofner**, § 27, Kn. 35; **Vogel/Spühler/Gehri**, s. 390-391; **SHK BGG – von Werdt**, Art. 105, Kn. 4; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s. 432, Kn. 12.21; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 1-2; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 1; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 1; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 1-2; **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 2-3; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 1; **Hk-ZPO/Koch**, § 546, Kn. 1-2; **Schilken**, ZPR, s. 436, Kn. 946-948; **Uhl**, s. 26; **Schwarz**, Berufung, s. 85-86.

II. Öğretideki Yaklaşımlar

A. Genel Olarak

Hukuki mesele ve fiili mesele arasında ayırım yapıp yapılamayacağı ve bunun içeriği konusunda Avusturya⁷⁹² ve İsviçre⁷⁹³ hukukunda ciddi bir tartışma söz konusu olmayıp, bu ayırımın yapılmasına önem verilmekte ve bunun temyiz denetimi bakımından, kural olarak, belirleyici olduğu ifade edilmektedir. Hukukumuzda⁷⁹⁴ ise doğrudan bu konu hakkında ciddi bir tartışma mevcut değildir⁷⁹⁵. Kanaatimizce bunun temel nedeni, hukukumuzda uzun süre boyunca istinaf mahkemelerinin mevcut olmaması, HUMK m. 428/5’de meselesi maddiyenin takdirinde hatanın bir temyiz sebebi olarak düzenlenmesi ve uygulamada Yargıtay’ın hem istinaf mahkemelerinin mevcut olmamasından hareketle hem de meselesi maddiyenin takdirinde hata kavramını geniş yorumlayarak fiili meseleler kapsamında yapılan hataları denetlemesidir⁷⁹⁶. Oysa, yukarıda ifade edildiği üzere, esasen usul kanunları bu ayırımı esas alarak çok sayıda düzenlemeler yapmıştır. Dolayısıyla bu ayırımın yapılması, temyiz denetimi bakımından sahip olduğu öneminin dışında, bir zorunluluk arz etmektedir⁷⁹⁷ ve aşağıda yer verileceği üzere, bu konuda öğreti ve uygulamayla şekillenen zengin bir birikim oluşmuştur.

⁷⁹² **Rechberger/Simotta**, s. 644, Kn. 1117; **Fasching**, Lehrbuch, s. 953, Kn. 1922; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 498, Kn. 2; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 205. Ayrıca bkz. § 9/II/E/3.

⁷⁹³ **Guldener**, s. 478; **Däniken**, s. 1-7; **Stachelin/Stachelin/Grolimund – Stachelin/Bachofner**, § 27, Kn. 35; **Vogel/Spühler/Gehri**, s. 390-391; **SHK BGG – von Werdt**, Art. 105, Kn. 4; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s. 432, Kn. 12.21. Ayrıca bkz. § 10/II/C/1.

⁷⁹⁴ Hukuki -fiili mesele ayırımı konusunda bkz. **Sivrihisarlı**, s. 24-25; **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 266 vd.; **Gürdoğan**, Temyiz, s. 238 vd.; **Akil**, İstinaf, s. 205 vd.; **Bulut**, Temyiz, s. 209 vd.

⁷⁹⁵ Bu ayırımın terk edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Akil**, İstinaf, s. 213. Bu ayırımın önemli olduğu ancak temyiz denetimin içeriğinde bazı sorunlar bakımından yeterli olmadığı yönünde bkz. **Sivrihisarlı**, s. 24-25. Yine bu ayırımın temyiz denetimin kapsamını belirlemede yetersiz olduğu yönünde bkz. **Bulut**, Temyiz, s. 212-214.

⁷⁹⁶ HUMK m. 428/5 hükmünde yer alan meselei maddiyenin takdirinde hata edilmesi şeklindeki temyiz sebebi kapsamındaki hatalardan ne anlama geldiği konusunda öğreti ve uygulamada farklı yaklaşımlar mevcuttu. Bu temyiz sebebinin kapsamına sadece tespit edilen vakıaların altlanması sırasında hukuki nitelendirilmesindeki hataların girdiği ileri sürüldüğü gibi fiili mesele kapsamında vakıaların tespitlerinde ve delillerin değerlendirilmesinde yapılan hataların da dahil olduğu ileri sürülmüştü. Yargıtay, uygulamada genellikle bu hükmü geniş yorumlayarak, fiili mesele kapsamında yer alan hususları da denetlemekteydi (bu konuda bkz. **Gürdoğan**, Takdir, Takdir Hakkı, s. 30-31; **Bilge/Önen**, s. 644; **Kuru**, C. 5, s. 4537-4539; **Yıldırım**, Kanun Yolu, s. 302; **Yavaş**, Temyiz, s. 82 vd.; **Budak/Karaaslan**, Medeni Usul, s. 449; **Akcan**, s. 32-33; **Öztek**, Şerh, s. 666; **Taşpınar-Ayvaz**, Temyiz, s. 177 vd.). Bu nedenle HMK m. 371/1’de bu temyiz sebebine bilinçli olarak yer vermediği ifade edilmektedir (**Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 545; **Öztek**, Şerh, s. 69; **Tanrıver**, Usul C. 2, s. 95; **Budak/Karaaslan**, Medeni Usul, s. 449; **Bulut**, Temyiz, s. 296-297).

⁷⁹⁷ **Meyer**’e göre, fiili mesele ile hukuk mesele arasındaki ayırım, hukuku uygulayan kişinin yapması gereken ilk, en temel ayırımdır. Her yargılamada ve süreçte yerine getirilmesi kaçınılmazdır, yasal olarak da zorunludur. **Meyer, Ulrich**, Tatfrage – Rechtsfrage, Anwaltsrevue 2016, s. 212.

Hukuki mesele ve fiili mesele arasındaki ayrım konusunda yoğun bir tartışmanın olduğu yer Alman hukukudur. Öğretideki bir görüş, her ikisi arasında net bir ayrım yapmanın teorik olarak mümkün olmadığını savunmaktadır⁷⁹⁸. Buna karşılık, bizim de katıldığımız ağırlıklı görüşe göre, fiili mesele ile hukuki mesele, kural olarak, birbirinden mantıksal-kavramsal olarak ayırt edilebilir⁷⁹⁹. Başka bir görüş ise, hukuki mesele ile fiili meselenin birbirinden teorik olarak ayrılabilirliğinden bağımsız olarak, temyiz denetiminin içeriği ve sınırları bakımından belirleyici kriterin temyizcinin amacı olduğunu savunmaktadır⁸⁰⁰. Hukuki-fiili mesele ayrımı, dahası temyiz mahkemesinin denetim yetkisinin sınırları konusunda temelde, amaçsal ve mantıksal-kavramsal metot olmak üzere, iki metodolojik yaklaşım söz konusudur⁸⁰¹.

B. Amaçsal Metot (teleologische Methode)

Amaçsal metoda göre, temyiz mahkemesinin denetim yetkisinin sınırları mantıksal olarak değil, münhasıran temyizcinin amacından türetilen kriterlere göre belirlenmelidir. Bu yöntemin savunucularından *Schwinge* ve onu takiben *Kuchinke*'ye göre, fiili ve hukuki meseleleri mantıksal-kavramsal olarak net bir şekilde ayırmak teorik olarak da mümkün değildir. Temyiz mahkemesi, alt derece mahkemesince tespit edilen vakıalarla bağlıdır ve sadece bu vakılara hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığını denetleyebilir. Bu, hukuk birliğinin korunmasının ve hukuki gelişimin sağlanmasının temyiz yargılamasında belirleyici bir rol oynamasına dayanmaktadır. Vakıalar her durumda farklı olmasına rağmen (hiçbir vakıa en ince ayrıntısına kadar aynen tekrarlanamaz), hukuki meseleler aynı şekilde tekrar tekrar

⁷⁹⁸ *Schwinge*, s. 48 vd.; *Kuchinke*, s. 58 vd.; *Musielak/Voit/Ball*, § 546, Kn. 3. Diğer bir görüşe göre, böyle bir ayrımın yapılması son derece güçtür (*AK-ZPO/Ankermann*, § 550, Kn. 1).

⁷⁹⁹ *Henke*, Die Tatfrage, s. 148 vd.; *Henke*, Rechtsfrage, s. 198 vd.; *Scheuerle*, s. 48 vd.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 143, Kn. 11; *Gottwald*, Revisionsinstanz, s. 138 vd.; *Prütting*, Revision, s. 196 vd.; *Stein/Jonas/Jacobs*, § 546, Kn. 5; *Wieczorek/Schütze/Prütting*, § 546, Kn. 8; *Mitsopoulos*, Die Unterscheidung, s. 253 vd.; *Mitsopoulos, Georg*, Zur Trennung von Rechts- und Tatfrage, ZJP 120 (2007), s. 114 vd.; *Schwarz*, Berufung, s. 107; *Schuler, Hans*, Tatfragen und Rechtsfragen im zivilen Revisionsverfahren, NJW 1961, s. 5 vd.; *Nierwethberg*, s. 240; *Antalya*, HKB C. II, Kn. 491. Fiili ve hukuki meselenin mantıksal olarak birbirinden ayrılabilirliği ancak belirsiz hukuk kavramları ve değer hükümlerini içeren hukuki kavramları bakımından vakıaların tespiti ve altlamanın bazen iç içe geçtiği yönünde bkz. *Engisch*, Logische, s. 82 vd., 93, 95, 111, 113. Benzer yönde bkz. *Larenz*, Methodenlehre, s. 294 vd., 307, 309, 310.

⁸⁰⁰ *Schwinge*, s. 49 vd.; *Kuchinke*, s. 126 vd.

⁸⁰¹ Ayrıca, tam olarak fiili-hukuki mesele ayrımına dahil olmamakla birlikte takat metodu (*Leistungsmethode*) da mevcuttur. Bu metoda göre, temyiz mahkemesinin hakkaniyet ödevi (*Gerechtigkeitsaufgabe*) esas alınmalı ve temyizcinin sınırları mahkemenin iş kapasitesine (takatine) göre belirlenmelidir. Temyiz mahkemesi, açıkça belli olan veya taraflarca itiraza uğramış fiili hataların denetimi ile sınırlı inceleme yapmalıdır. Dosyadan açık bir şekilde anlaşılan vakıa tespitindeki hataların temyizden incelenmesi, temyiz mahkemesinin iş yükünü çok fazla artırmaz. Bu konuda bkz. *Gottwald*, Revisionsinstanz, s. 179 vd.; *Yıldırım*, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 271.

ortaya çıkabilir. Bu nedenle de temyiz derecesinde tekrarlanabilir hukuki meseleler denetime tabi olmalıdır. Ayrıca, hukuki altlama ve vakıa tespitleri birbirinden ayrılmaz ve yeknesak olan bir süreçtir. Buna göre de, ayırım başka bir kritere, yani temyiz amacına göre yapılmalıdır. Bu da, içtihatlarda yeknesaklığın korunması, hukuki birliğin ve gelişimin sağlanmasıdır. Temyizin hukuki birlik ve güvenlik için vazgeçilmez olan rol model işlevinin (*Leitbildfunktion*) yerine getirilmesinin tek yolu, diğer davalar için önemli olabilecek meselelerin temyiz edilebilir, bu önemde olmayan meselelerin ise temyiz edilemez olarak kabul edilmesidir. Dolayısıyla özetle, hukuk birliğinin ağır basan amacı, temyiz mahkemesinin, alt derece mahkemesi kararının yol gösterici/emsal nitelikte (*Richtliniencharakter*) olan kısımlarıyla ilgilenmesini, yani varlığını devam ettirmesi herhangi bir şekilde içtihatlardaki yeknesaklığı tehlikeye düşürecek bölümlerini ele almasını gerektirir. Bu nedenle de temyiz denetimine tabi olan-olmayan meseleler bakımından ayırım çizgisi, hukuki-fiili meselelere göre değil, yol gösterici bir rol model işlevine sahip meseleler (*Richtlinienfrage*) ile somut olaya ilişkin meselelere (*Frage des Einzelfalles*) göre belirlenmelidir⁸⁰².

C. Mantıksal-Kavramsal Metot (*logische-begriffliche Methode*)

Mantıksal-kavramsal metoda göre, hukuki ve fiili meseleler, prensip olarak, birbirinden mantıksal ve kavramsal olarak ayırt edilebilirler. Vakıaların tespiti ile onların hukuki değerlendirmesi farklı şeylerdir⁸⁰³. Başka bir deyişle, her halde, ne olduğu sorusu (*was geschehen ist*) (fiili mesele), olanın hukuken nasıl değerlendirileceği sorusundan (*wie das Geschehene rechtlich zu bewerten ist*) (hukuki mesele) ayrılabilir⁸⁰⁴. Hukuk kuralı bir yandan hukuki kavramları içeriyorsa, diğer yandan hakkında hüküm verilecek hayat olayının dilsel kavramlarla ifadesini de içermelidir. Hukuki büyük önermeleri (*juristische Obersätzen*) oluşturan hukuk kavramlarının uygulanması temyiz edilebilirken, küçük önermeyi (*Untersatz*) oluşturan tüm doğal, hukuk dışı kavramların uygulanması temyiz edilemez. Temyiz edilebilir

⁸⁰² **Schwinge**, s. 48 vd.; **Kuchinke**, s. 58 vd., 126 vd. Esas itibarıyla, gelecekteki davalar bakımından önemli olan rol model işlevine sahip meselelerin temyiz edilebilirliği yönünde bkz. **AK-ZPO/Ankermann**, § 550, Kn. 1. Yeknesak olarak uygulanabilen ve uygulanması gereken meseleleri temyiz edilebilir meseleler olarak değerlendirme yönünde bkz. **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 1. Kavramsal yönetimin özellikle problemli konularda yeterince ikna edici ölçütlere sahip olmadığı durumlarda temyiz amacının göz önünde tutulmasının mantıklı olduğu yönde bkz. **Uhl**, s. 26-27.

⁸⁰³ **Henke**, Rechtsfrage, s. 378; **Henke**, Die Tatfrage, s. 145, 308; **Scheuerle**, s. 25, 41 vd.; **Schuler**, s. 5; **Mitsopoulos**, Die Unterscheidung, s. 269; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 8, 13; **Prütting**, Revision, s. 196 vd.; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 5; **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 138 vd.; **Nierwetberg**, s. 240; **Schwarz**, Berufung, s. 107.

⁸⁰⁴ **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 8, 13; **Prütting**, Revision, s. 198; **Henke**, Die Tatfrage, s. 154; **Schwarz**, Berufung, s. 107.

ve temyiz edilemez sonuçlar/çıkarımlar arasında ayırım yapmak için, kabulün dayandığı büyük önermenin doğasının ne olduğu sorulmalıdır. Başka bir ifadeyle bu görüş, çoğunlukla birbirinden açıkça ayırt edilebilen doğal ve hukuki kavramlar sistemi (*natürlichen und rechtlichen Begriffssysteme*) öncülüne, yani günlük kavramlar ile hukuki kavramlar (*Alltags- und Rechtsbegriffen*) karşıtlığına dayanmaktadır⁸⁰⁵. Hukuki ve fiili meseleler arasında böyle bir ayırım, aynı zamanda usul kanunu uyarınca zaten gereklidir. Zira bu ayırım, temyiz hukukunun yanı sıra, hâkim hukuku re'sen uygulama ilkesinin gösterdiği gibi doğal olarak ispat hukukunun da temelini oluşturur. Ayrıca, geç ileri sürülen beyanların yasaklanması (yani hak düşürücü kurallara tabi olması) sadece fiili beyanlarla ilgilidir ve bu nedenle de bu ayırımı şart koşar⁸⁰⁶. Dilsel zorluklar, özellikle de hâkimlerin vakıaları aşırı sıkıştırılmış bir şekilde karara aktarması ve vakıa tespitleri ile hukuk uygulamasının birçok yerde iç içe geçebilmesi⁸⁰⁷, bu ayırımı bazen son derece zor kılabilir. Ancak bu hususlar, ayırımın zorunlu ve mümkün olduğu ve çoğunlukla da herhangi bir soruna neden olmadığı gerçeğini değiştirmez. Öte yandan amaçsal metot ikna edici değildir. Hukuki birliğin korunması ve hukukun gelişiminin sağlanmasının hukuki meseleler ile fiili meseleler arasındaki ayrımla bir ilgisi yoktur ve bunların bir temyiz içerikesel denetimini sınırlandırmak için kullanılmasına izin verilemez⁸⁰⁸. Ayrıca, hukuki-fiili meseleler arasındaki ayırım açısından temyiz amacına odaklanıldığında da esasen ciddi bir farklılık ortaya çıkmamaktadır. Zira temyiz amacı, sadece hukuki birliğin korunması ve hukukun gelişiminin sağlanması yönünde kamu menfaatine hizmet etmek olmayıp, aynı zamanda somut olayda adil bir karar verilmesi yönünde taraf menfaatine de hizmet etmektedir. Bu nedenle temyiz mahkemesi, yalnızca belirli bir rol model işlevi olan hukuki meseleleri değil, aynı zamanda sadece somut dava bakımından önemli olan hukuki meseleleri de inceler⁸⁰⁹.

⁸⁰⁵ Henke, Rechtsfrage, s. 217; Henke, Die Tatfrage, s. 13, 21, 145; Scheuerle, s. 38 vd.; Gottwald, Revisionsinstanz, s. 138 vd.; Mitsopoulos, Die Unterscheidung, s. 253 vd.; Schwarz, Berufung, s. 100-101; Uhl, s. 25.

⁸⁰⁶ Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 5; Wieczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 4.

⁸⁰⁷ Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 546, Kn. 2; Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 3; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 3; Wieczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 5; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 5.

⁸⁰⁸ Wieczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 8-13; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 5.

⁸⁰⁹ Wieczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 12; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 5-6; Uhl, s. 27; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 3.

III. Hukuki- Fiili Mesele Ayrımı Bakımından Önemli Meseleler

A. Genel Olarak

Hukuki ve fiili meseleler yönünden öğreti ve yargı kararları ile geliştirilen ve uygulamada önemli ve problemli olan hususlara ilişkin ilkeler ve yaklaşımlar şu şekildedir;

a) Mantık (düşün) ve doğa kanunları- tecrübe kuralları- dil kuralları:yukarıda detaylıca ortaya koyduğumuz üzere, mantık (düşün) ve doğa kanunları teknik anlamda, hukuk kuralı niteliğini haiz değildir. Tecrübe kuralları da, vakıa ve hukuk arasında yer alırlar. Bununla beraber, bu kurallar, bir hukuk kuralının yorumunda ve uygulanmasında, hiç kullanılmaz veya yanlış kullanılırsa, sonuç olarak ilgili hukuk kuralının uygulanmasında hataya sebep olurlar. Öte yandan bu kurallar, vakıa tespitleri alanında da hiç kullanılmaz veya yanlış kullanılırsa, usul hukuku kurallarının (özellikle de delillerin değerlendirilmesine ilişkin AMUK m. 286; HMK m. 198/1 kanun hükmünün) içkin sınırlarının ihlaline ve dolayısıyla hukuka aykırılığa neden olurlar⁸¹⁰.

Genel dil kullanımının (*allgemeinen Sprachgebrauch*) anlamı ve dil kuralları (*Sprachregeln*) da bir hukuk kuralı değildir. Ancak bir hukuk kuralının yorumunda ve uygulanmasında göz önünde bulundurulması gereken dil kurallarının dikkate alınmaması veya hatalı uygulanması hatalı hukuki değerlendirme teşkil eder. Zira alt derece mahkemesi tarafından bu bağlamda dil kullanımının hatalı bir şekilde değerlendirilmesi, dil kullanımının yardımıyla yorumlanan ve uygulanan hukuk kuralını ihlal eder⁸¹¹.

Bir vakıanın, mahkeme tarafından bilinen (*gerichtsbekannt*) bir vakıa olduğuna dair yapılan tespit, bir fiili tespittir. Ancak, mahkeme tarafından bilinirliğe (*Gerichtskundigkeit*) ilişkin hukuki ilkelerin ihlali veya bunlara karşı delillerin caiz olmayan bir şekilde engellenmesi hukuki hata teşkil eder⁸¹².

⁸¹⁰ Bkz. § 4/III/İ.

⁸¹¹ Henke, Rechtsfrage, s. 224; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 9; Wieczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 17; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 5; Jauernig/Hess, § 74, Kn. 38; Fasching, Lehrbuch, s. 952-953, Kn. 1920-1921; Fasching, Probleme des Revisionsverfahrens, s. 17; Kodek, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 26; Klasuer/Kodek, JN-ZPO, § 503, E154/1; Zechner, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 185.

⁸¹² Hk-ZPO/Koch, § 546, Kn. 17; Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 11; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 5; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 9.

b) Norm - hukuk yaratan vakıalar (*Normtatsachen – Rechtsfortbildungstatsachen*): hâkimin, hukuk kuralı oluşturması gereken durumlarda, kanun koyucu gibi oluşturacağı kuralın (TMK m. 1/2) genel ve soyut nitelikte olması gerekir⁸¹³. Hukukun böyle bir yargısal gelişimi çerçevesinde hâkimin hukuk yaratırken somut yargılamada ileri sürülenden daha yeni veya daha geniş bir vakıa temeline dayanması mümkün ve gereklidir. Diğer bir ifadeyle, mahkeme bir düzenleme problemini somut davanın ötesinde soyut olarak çözmek istiyorsa, soyut normun oluşumunu taraflarca ileri sürülen ve mahkeme tarafından tespit edilen vakıa malzemesinden daha geniş bir vakıalar temeline dayandırabilir. Bu hallerde norm-hukuk yaratan vakılardan söz edilir⁸¹⁴. Norm-hukuk yaratan vakıalar, mevcut bir hukuk normunun vakıa unsurlarına dahil olmayan, hâkim tarafından hukukun yaratılması yoluyla yeni ve yargısal bir hukuk kuralını haklı çıkarmaya hizmet eden vakılardır⁸¹⁵. Bu vakıalar büyük önermeyi oluşturmaya hizmet ederler ve hukuki tasımda hukuki büyük önerme düzeyindedirler⁸¹⁶.

Atılma vakıaları (*Subsumtionstatsachen*), mevcut bir hukuk normunun uygulanması için ispat hukuku açısından önemli olan vakılardır. Buna karşılık hukuk yaratan vakıaların özelliği ise, yargısal bir hukuk kuralını haklı çıkarmak için kullanılmalarıdır⁸¹⁷. Kanun yolu mahkemesi, alt derece mahkemesi tarafından bu tür vakıaların tespitini denetlemeye yetkilidir⁸¹⁸. Aynı zamanda kanun yolu mahkemesi bizzat bu vakıaları tespit edebilir ve kullanabilir⁸¹⁹.

c) Teamül-yerel kullanım-mutat uygulama: ticari olan-olamayan teamüller teknik anlamda hukuk kuralı değildir. Belli bir sektörde yahut belirli bir bölgede geçerli bir teamülün, yerel kullanımın mevcut olup olmadığı, tespit edilen bir uygulamanın yerel olarak mutat olup

⁸¹³ Bkz. § 4/III/H.

⁸¹⁴ **Maultzsch, Felix**, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, Tübingen 2010, s. 392; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 21; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 30 ve § 559, Kn. 60.

⁸¹⁵ **Seiter, Hugo**, Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung, FS Fritz Baur, Tübingen 1981, s. 574; **Konzen, Horst**, Normtatsachen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, FS Hans Friedhelm Gaul, 1997, s. 337. **Karş.** Lames, s. 55-56.

⁸¹⁶ **Seiter**, s. 574-575; **Konzen**, s. 337; **Maultzsch**, s. 396.

⁸¹⁷ **Seiter**, s. 574-575; **Konzen**, s. 340-343.

⁸¹⁸ **Lames**, s. 71; **Konzen**, s. 352; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 8; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 21; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 30.

⁸¹⁹ **Maultzsch**, s. 395-396; **Konzen**, s. 352 vd.; **Seiter**, s. 591-592; **Lames**, 71 vd.; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 21; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 30 ve § 559, Kn. 60.

olmadığı fiili bir meseledir⁸²⁰. Buna karşılık ispatlanan sektörel veya yerel teamülün somut olayda hukukken önemli olup olmadığı hukuki meseledir⁸²¹. Ayrıca, teamüllere/yerel kullanımlara/uygulamalara kanunda açıkça atıfta bulunulması durumunda, bunların tamamen göz ardı edilmesi veya yanlış değerlendirilmesi, ilgili kanun hükmünün ihlaline neden olduğundan hukuki meseledir⁸²².

ç) İlliyet bağı: doğal illiyet bağının tespiti, bir fiili meseledir. Buna karşılık, uygun illiyet bağının, yani olayların olağan akışına ve hayat tecrübelerine göre olayın o tür bir sonucu yaratmaya uygun olduğunun tespiti, bir hukuki meseledir⁸²³.

d) Bilgi-İrade-Bilinç-Kasıt-Hata-Ayıp: Bir kişinin bilgisinin, iradesinin ve niyetinin/kastının tespiti, fiili bir uyuşmanın veya hatanın yahut haksızlık bilincinin ya da iyi niyetin tespiti, fiili meseledir⁸²⁴. Bununla beraber, irade beyanlarının güven ilkesi çerçevesinde yorumu, normatif bir uyuşmanın mevcut olup olmadığının tespiti⁸²⁵, hatanın kanunda öngörülen anlamda esaslı bir hata teşkil edip etmediğinin tespiti⁸²⁶ ve ilgili koşullar karşısında birisinin iyi niyete güvenip güvenemeyeceğine ilişkin (gerekli özeninin uygulanması) tespit, hukuki meseledir^{827/828}. Aynı şekilde, ayıbın mevcut olup olmadığının tespiti bir fiili meseledir.

⁸²⁰ **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 40; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 17; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 6; **Haspl, Rüdiger**, Die Kontrolle der tatrichterlichen Auslegung von individuellen Willenserklärungen durch die Rechtsmittelinstanz, Frankfurt am Main 2008, s. 33; **Messmer/Imboden**, s. 130; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 25; BGE 88 II 350, 360 (E.2b). Aksi yönde olan görüşe göre, bunlar tecrübe kuralları gibi ele alınmalı, yani temyiz mahkemesi tarafından denetlenmeli ve aynı zamanda bizzat tespit edilmelidir. Buna göre mevcut olan bir teamülün dikkate alınmaması veya var olmayan bir teamülün dikkate alınması temyiz mahkemesince denetlenebilir (**Oestmann, Peter**, Die Ermittlung von Verkehrssitten und Handelsbräuchen im Zivilprozeß, JZ 2003, s. 289-290).

⁸²¹ **Messmer/Imboden**, s. 130; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 25.

⁸²² Yargıtay 13. HD, 19/06/2018 T., 2016/24595 E., 2018/6859 K. Bu hususta ayrıca bkz. § 4/III/G.

⁸²³ **Vogel/Spühler/Gehri**, s. 393; **Habscheid**, s. 489; **Däniken**, s. 14,18; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s 432, Kn. 12.27; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 25; **BSK BGG – Dormann**, Art. 105, Kn. 35b. Yasal illiyet (*juristische Kausalität*) bağının mevcut olup olmadığının hukuki mesele olduğu yönünde: **Fasching**, Lehrbuch, s. 955-956, Kn. 1926; **Rechberger/Simotta**, s. 644-645, Kn. 1117; **Zechner**, in: **Fasching/Konecny**, § 503, Kn. 225-227; **Kodek**, in: **Rechberger Kommentar zur ZPO**, § 498, Kn. 5.

⁸²⁴ **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 29; **Messmer/Imboden**, s. 132-133; **HAP Bundesgericht – Münch/Luczak**, § 2, Kn. 2.52; **Stachelin/Stachelin/Grolimund – Stachelin/Bachofner**, § 27, Kn. 35; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 26; **BSK BGG – Dormann**, Art. 105, Kn. 34a.

⁸²⁵ **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s 432, Kn. 12.26; **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 30.

⁸²⁶ **Ansay**, s. 340.

⁸²⁷ **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 30; **Habscheid**, s. 489.

⁸²⁸ Ölümüne bağlı tasarruflarda; kendisinden miras bırakanın iradesinin çıkarabileceği vakıaların tespiti fiili meseledir (**Ansay**, s. 340). Buna karşılık, İsviçre hukukunda, tespit edilen bu vakılardan miras bırakanın belli bir (iç) iradesinin çıkarılıp çıkarılamayacağı hukuki mesele olarak ifade edilmektedir. Başka bir deyişle, sözleşmelerin yorumunun aksine vasiyetnamelerde, miras bırakanın iç iradesinin ve motivasyonunun tespiti

Ancak taraflarca ileri sürülen ayıbın kanunda öngörülen anlamda bir ayıp olup olmadığı, diğer bir ifadeyle ayıbın hukuken önemli olup olmadığı ve tespit edilen vakıalara binaen alıcının ayıbı bilmesi gerekip gerekmediği hukuki meseledir^{829/830}. Yine, içsel bir duygu durumunun, baskının (*innerer Zwang*) olup olmadığı fiili meseledir, korkunun haklı/haksız olup olmadığı ise hukuki meseledir⁸³¹.

e) Ayırt etme gücü; bir kişinin zihinsel yeteneğinin, bilgilerinin ve hastalık durumunun tespiti, fiili meseledir. Ancak bu tespitler sonucunda ilgili kişinin ayırt etme gücünün mevcut olup olmadığının tespiti ise hukuki meseledir⁸³².

f) Kusur: kusurun tespiti bakımından, ilgili kişinin hangi davranışları sergilediği, hangi kişisel özelliklere, becerilere ve yeteneklere sahip olduğu ve hangi çevresel koşullar altında hareket ettiği (örneğin, hava durumu, güvenlik, hız, trafik, alkolün etkisi, trafikteki diğer kişilerin davranışları) vakıa tespitleri alanına girer ve dolayısıyla fiili meseledir. Somut durumda bu davranışın kasıtlı, ağır veya hafif ihmal veya mazur görülebilir hatalı bir davranış olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hukuki meseledir⁸³³.

g) Zarar: zararın meydana gelip gelmediği ve miktarı fiili meseledir. Buna karşılık, zarar kavramının yorumu ve altlanması ise hukuki meseledir. Yani, mahkemenin zarar kavramını yanlış anlayıp anlamadığı ve zararı geçerli hukuki ilkelere göre hesaplayıp hesaplamadığı bir hukuki meseledir⁸³⁴. Ayrıca, zararın tayininin yanlış veya açıkça alakasız hususlara dayandırılıp

de hukuki mesele kapsamında değerlendirilmektedir. Ayrıca, ölüme bağlı tasarrufun hayat tecrübeleri temelinde doğru bir şekilde yorumlanıp yorumlanmadığı ve miras bırakanın bu tasarrufu ile ne istediği hukuki meseledir (**Vogel/Spühler/Gehri**, s. 393; **HAP Bundesgericht – Münch/Luczak**, § 2, Kn. 2.53; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 26; BGE 90 II 476, 480 (E.3); BGE 100 II 440, 446 (E.6). Karş. **Guldener**, s. 481). Buna karşılık Avusturya hukukunda bu konuda bir ayırım yapılmamaktadır. Ölüme bağlı tasarrufların meydana gelişine ilişkin durumunlar fiili mesele teşkil ederken, bunların yorumu hukuki meseledir (**Fasching**, Lehrbuch, s. 955, Kn. 1926; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 498, E94). Ayrıca bkz. **Ansay**, s. 340.

⁸²⁹ **Guldener**, s. 480; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 10.

⁸³⁰ Karşı tarafın bir şeyi bilip bilmediği fiili meseledir, ancak onun bir şeyi bilmesi gerekip gerekmediği hukuki meseledir. **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 498, Kn. 5; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 498, E24.

⁸³¹ **Rechberger/Simotta**, s. 644-645, Kn. 1117; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 498, Kn. 5; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 498, E22.

⁸³² **Vogel/Spühler/Gehri**, s. 392; **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 30; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 10; **Ansay**, s. 335, dp. 749; BGE 102 II 363, 367 (E.4).

⁸³³ **Fasching**, Lehrbuch, s. 955-956, Kn. 1926; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 229; **Ansay**, s. 353; **Atalay**, Menfi Vakıalar, s. 34.

⁸³⁴ **Däniken**, s. 42; **Groner**, s. 8-9; **Messmer/Imboden**, s. 135; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s. 432, Kn. 12.25; **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 29-30; **Vogel/Spühler/Gehri**, s. 393; **HAP Bundesgericht –**

dayandırılmadığı ve zararın tayini bakımından önemli olan vakıaların göz ardı edilip edilmediği de hukuki mesele teşkil eder^{835/836}. Aynı şekilde kârın varlığı ve kapsamının tespiti bir fiili meseledir ancak kârın tanımı ve hesaplanma şekli bir hukuki meseledir⁸³⁷.

h) Karine: karinenin temelini oluşturan vakıaların meydana gelip gelmediği ve bir karinenin aksini ispat için gerekli olan vakıaların tespiti fiili bir meseledir. Tespit edilen vakıaların kanuni karine teşkil edip etmediği ve kanuni karinenin sonucu hukuki bir meseledir. Ayrıca, tespit edilen vakıaların kanuni karinenin aksini ispat edip etmediğine yönelik sonuç bir hukuki meseledir⁸³⁸.

1) Varsayımsal-hipotetik vakıalar: belli vakılardan gelecekteki vakıalar hakkında yapılan çıkarımlar, tahminler, yani hipotetik/varsayımsal hayat olaylarına ilişkin değerlendirilmeler fiili meseledir⁸³⁹.

i) Diğer örnekler:

- Markaların/firmaların/isimlerin/işaretlerin vb. karıştırılabilir (*verwechselbar*) olup olmadığı sorusu hukuki bir meseledir. Yine bir tasarımın ilgili yasal düzenleme kapsamında korunabilecek şekilde özgün (*Eigenart*) bir niteliğe sahip olup olmadığı hukuki meseledir⁸⁴⁰.

- Bir mektubun taahhütlü postayla gönderilip gönderilmediği bir fiili meseledir. Taahhütlü postayla gönderilen bir feshin ne zaman tebliğ edilmiş ve ulaşmış sayılacağı hukuki meseledir⁸⁴¹.

Münch/Luczak, § 2, Kn. 2.55; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 10 ve 25; BSK BGG – Dormann, Art. 105, Kn. 35b; Kodek, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 498, Kn. 3-4; Fasching, Lehrbuch, s. 953-956, Kn. 1922-1926; Klasuer/Kodek, JN-ZPO, § 498, E45-E143.

⁸³⁵ Hk-ZPO/Koch, § 546, Kn. 20; Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 13; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 546, Kn. 17; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 29; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 14.

⁸³⁶ Manevi tazminatın tayini hususundaki denetim için bkz. § 6/III/E.

⁸³⁷ Leuenberger/Uffer-Tobler, s 432, Kn. 12.25.

⁸³⁸ Rechberger/Simotta, s. 644-645, Kn. 1117; Fasching, Lehrbuch, s. 955, Kn. 1925; Zechner, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 213.

⁸³⁹ BSK BGG – Schott, Art. 95, Kn. 29; BSK BGG – Dormann, Art. 105, Kn. 34a; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 26; Klasuer/Kodek, JN-ZPO, § 498, E43.

⁸⁴⁰ Groner, s. 5.

⁸⁴¹ Groner, s. 9.

- Bir teminatın ödenip ödenmediği fiili meseledir, buna karşılık teminatın ödenip ödenmemesi gerektiği bir hukuki meseledir⁸⁴²

B. Delillerin Değerlendirilmesi ve Diğer İspat Hukuku Kuralları

Delillerin değerlendirilmesi, genel olarak, tüm usul işlemleri ve delil ikamesinin sonucu dikkate alınarak, belli bir vakıa iddiasının doğru kabul edilip edilmeyeceği konusundaki bir kanaat kazanmak amacıyla, hâkim tarafından gerçekleştirilen bir değerlendirme sürecidir⁸⁴³. Delillerin değerlendirilmesi, kural olarak, “ne oldu?” sorusu hakkında bilgi vermek amacını taşır, yani vakıaları tespit etmeye hizmet eder ve dolayısıyla fiili mesele teşkil eder⁸⁴⁴. Bununla beraber, delillerin değerlendirilmesi vakıa tespitlerinin bir parçası olsa da, değerlendirmenin bizzat kendisi hukuk kurallarına tabidir ve deliller değerlendirirken hukuki hata yapabilir⁸⁴⁵. Deliller değerlendirilirken ispat hukukuna ilişkin kuralların ihlal edilip edilmediği hukuki meseledir⁸⁴⁶. Hâkimin bir delili serbestçe değerlendirip değerlendiremeyeceği veya bir delili değerlendirmesi bakımından kanuni delil sınırlarının⁸⁴⁷ mevcut olup olmadığı hukuki meseledir⁸⁴⁸. Delillerin değerlendirmesine ilişkin kanuni düzenlemelerin doğru bir şekilde

⁸⁴² **ZPO DIKE – Glasl**, Art. 57, Kn. 30.

⁸⁴³ **MüKoZPO/Prütting**, § 286, Kn. 6; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 34; **Atalay**, Menfi Vakıalar, s. 37; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 24. Delillerin değerlendirilmesi hususunda detaylı olarak bkz. **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 138 vd.

⁸⁴⁴ **Geipel, Andreas**, Handbuch der Beweiswürdigung, 3. Aufl., München 2017, s. 1502, Kn. 102; **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 9; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 8; **Hk-ZPO/Koch**, § 546, Kn. 13; **Haspl**, s. 20; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s. 432, Kn. 12.23; **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 29; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 25; **BSK BGG – Dormann**, Art. 105, Kn. 34a; **Atalay**, Menfi Vakıalar, s. 37, 39.

⁸⁴⁵ **Gürdoğan**, Temyiz, s. 277-278; **Yıldırım**, Hatalı Vakıa Tespitleri, s. 118; **Pekcanitez**, Denetim, s. 230; **Öztekin**, Şerh, s. 649 vd. **Bulut**, Temyiz, s. 286 vd.; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 19; **MüKoZPO/Prütting**, § 286, Kn. 23; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 15; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 34; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 24; **Haspl**, s. 20.

⁸⁴⁶ **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s. 432, Kn. 12.23; **BSK BGG – Dormann**, Art. 105, Kn. 35c.

⁸⁴⁷ **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 207 vd.

⁸⁴⁸ **Guldener**, s. 483; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 25; **Riehm**, Abwägungsentscheidungen, s. 184.

yorumlanıp yorumlanmadığı ve uygulanıp uygulanmadığı, hukuki mesele teşkil eder. Ayrıca, ispat yükü, ispat yükünün dağılımı, ispat ölçüsü meseleleri her zaman hukuki meseledir^{849/850}.

C. İrade Beyanları -Sözleşmeler ve Hukuka Aykırılık

Taraflar arasında yapılan bir sözleşmenin hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılık teşkil eder (HMK m. 371-1-a). Bu bağlamda, sözleşmelerin hukuki nitelendirilmesi ve yorumu hukuki meseledir ve bu hususlarda yapılan hatalar hukuka aykırılık oluşturur^{851/852}.

İrade beyanları ve sözleşmeler bakımından öncelikle beyanların vakıa unsurları ile yorumu birbirinden ayrı ele alınmalıdır. Beyanların vakıa unsurlarının (*Erklärungstatbestand*) tespiti bir fiili meseledir, ancak bunların usul hukuku kurallarına uygun bir şekilde tespit edilip edilmediği hukuki meseledir⁸⁵³. Buna göre, usuli hata olmaksızın, tarafların ne beyanda bulundukları (sözlü veya yazılı olarak kullanılan sözcükler), beyanda bulunurken yapmış olduğu hareketler, beyanda bulunanın iç iradesi, beyanda bulunanın niyeti/kastı, beyanın hangi koşullar altında yapıldığı ve beyanda bulunanın veya beyan alıcısının bu koşullar hakkındaki

⁸⁴⁹ **Atalay**, Menfi Vakıalar, s. 37, 39; **Guldener**, s. 479; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 9; **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 30; **BSK BGG – Dormann**, Art. 105, Kn. 35c; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 498, Kn. 2; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 498, E85; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 19; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 25; **Riehm**, Abwägungsentscheidungen, s. 185; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 8, 13; **Haspl**, s. 20-21; **Bulut**, Temyiz, s. 286-287.

⁸⁵⁰ Vakıa tespitlerinde hukuka aykırılık kapsamında delillerin değerlendirilmesinde ve ispat hukuku kurallarının uygulanmasında hukuki hatalar için detaylı olarak bkz. § 7/IV.

⁸⁵¹ **Ansay**, s. 350; **Gürdoğan**, Takdir Hakkı, s. 43-44; **Bilge/Önen**, s. 650; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 837; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 470, 545; **Budak/Karaaslan**, Medeni Usul, s. 448; **Akcan**, s. 26; **Sivrihisarlı**, s. 125 vd; **Pekcanitez**, Denetim, s. 242-245; **Kuru**, HMK El Kitabı, C. 2, s. 1397; **Özekes**, Pekcanitez Usul, s. 2213, 2283; **Bulut**, Temyiz, s. 400 vd.

⁸⁵² Mukayeseli hukuktan farklı olarak, hukukumuzda sözleşmeye aykırılığın ayrıca bir temyiz sebebi olarak düzenlenmesinin, Fransız Medeni Kanunun ünlü 1103. (2016 yılından önceki m. 1134) maddesindeki, “kanuna uygun olarak oluşturulan sözleşmeler, onları yapanlar için bir kanun yerine geçer” şeklindeki hükmünün bir yansıması olduğu ifade edilmektedir (**Sivrihisarlı**, s. 125). *Yavaş*’ın haklı olarak ifade ettiği üzere, kanunda böyle bir düzenleme olması dahi, sözleşmelerin hatalı bir şekilde nitelendirilmesi ve yorumlanması hukuka aykırılık kapsamında yer alır (**Yavaş**, Temyiz, s. 79; **Yavaş**, Mihbir, s. 259. Karş. **Pekcanitez**, Denetim, s. 242). Zira, bu başlıkta incelendiği üzere, bu hususlar zaten bir hukuki mesele teşkil eder.

⁸⁵³ **Messer, Herbert**, Die revisionsrichterliche Nachprüfung der Vertragsauslegung, FS Walter Odersky 1996, s. 608; **AK-ZPO/Ankermann**, § 550, Kn. 11; **Uhl**, s. 28; **Schwarz**, Berufung, s. 129; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 12; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 13; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 6; **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 5; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 546, Kn. 9; **Nassall**, Revision, s. 162, Kn. 752, 754.

bilgisi hususunda yapılmış tespitler, fiili meseledir⁸⁵⁴. Buna karşılık, yapılan bu tespitler uyarınca beyanın hukuki bir sonuç doğurup doğurmayacağı⁸⁵⁵ ve beyanların hukuki sınıflandırılması (hukuki anlamının tespiti) bir hukuki meseledir⁸⁵⁶. Dolayısıyla hem beyanın bir sözleşme (hizmet veya satış veya kira sözleşmesi) olarak hem de tek taraflı (dönme veya fesih) bir hukuki işlem olarak sınıflandırılması hukuki meseledir⁸⁵⁷.

İrade beyanlarının (ve sözleşmelerin) vakıa unsurlarının tespitinden sonra, yorumu gündeme gelir. TBK m. 19/1 uyarınca, bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır^{858/859}. Buna göre, bir sözleşmenin içeriği öncelikle subjektif yorumla, yani tarafların fiilen mutabık kalınan gerçek iradesine göre belirlenir. Bununla beraber, tarafların fiili irade uyuşması ispatlanamazsa, tarafların varsayılan iradelerini (*mutmassliche Parteiwillen*) belirlemek için tarafların beyanları güven ilkesine göre yorumlanmalıdır. Tarafların iç (gerçek) iradelerinin tespiti, bir fiili meseledir. Ancak tarafların irade beyanlarının güven ilkesine göre yorumu, bir hukuki meseledir. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin subjektif yorumu, yani tarafların gerçek iradelerinin tespiti fiili meseledir. Buna

⁸⁵⁴ **Messer**, s. 608-609; **Stumpf, Hermann**, Zur Revisibilität der Auslegung von privaten Willenserklärungen, FS Hans Carl Nipperdey, Bd. I 1965, s. 968; **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 234; **Bürck, Harald**, Zur revisionsgerichtlichen Überprüfung der Auslegung von Erklärungen durch die Instanzgerichte, FS Otto Ernst Krasney, München 1997, s. 51; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 12; **AK-ZPO/Ankermann**, § 550, Kn. 11; **Schwarz**, Berufung, s. 28-29, 129; **Uhl**, s. 28; **Haspl**, s. 33; **Fasching, Lehrbuch**, s. 955, Kn. 1926; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 215-217.

⁸⁵⁵ **Messer**, s. 609; **Uhl**, s. 28

⁸⁵⁶ **Sivrihisarlı**, s. 128; **Pekcanitez**, Denetim, s. 243; **Manigk**, s. 163, 180; **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 234; **Stumpf**, s. 968-969; **Kuchinke**, s. 145 vd.; **Bürck**, s. 51; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 13; **Uhl**, s. 28; **AK-ZPO/Ankermann**, § 550, Kn. 11, **Haspl**, s. 245-246; **Nassall**, Revision, s. 162, Kn. 755.

⁸⁵⁷ **AK-ZPO/Ankermann**, § 550, Kn. 11; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 13.

⁸⁵⁸ Yargıtay 3. HD, 01/11/2016 T., 2015/17444 E., 2016/12349 K.: "...HMK'nun 33.maddesine göre; hâkim, Türk hukukunu resen uygular. Diğer bir anlatımla, bir davada ileri sürülen maddi olayların ve sözleşmelerin hukuki nitelendirmesini yapmak, uygulanacak hukuk kaidelerini bulmak ve uygulamak hâkimin doğrudan görevidir. Uyuşmazlığın çözümü, davada dayarılan ve taraflarca 15.06.2010 tarihinde akdedilen "İş Sözleşmesi" başlıklı sözleşmenin hukuki tanım ve yorumunda toplanmaktadır. Bir sözleşmenin niteliğini, yazılışı ve taşıdığı hükümler tayin eder. Yorum, bir irade beyanının manasının tesbitidir. Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır(TBK md 19/1)...".

⁸⁵⁹ Bu düzenleme içerik olarak, temelde İsviçre Federal Borçlar Kanunu m. 18/1 ile aynı kapsamdadır. Alman Medeni Kanunu (AMK) m. 133'e göre de, irade beyanlarının yorumunda, gerçek irade araştırılmalı ve ifadeden harfiyen çıkan anlam ile bağlı kalınmamalıdır. AMK m. 157'e göre ise, sözleşmeler, dürüstlük kuralı ve teamüller dikkate alınarak yorumlanmalıdır.

karşılık, sözleşmenin güven ilkesine göre yorumu (objektif yorumu), yani tarafların irade beyanlarının anlamının dürüstlük kuralına göre tespit edilmesi, hukuki meseledir^{860/861}.

Öte yandan, irade beyanının veya sözleşmenin birkaç manaya gelip gelmediği ve böylelikle yoruma elverişli (*auslegungsfähig*) olup olmadığı, yorumun kanuni yorum

⁸⁶⁰ Vogel/Spühler/Gehri, s. 392; Messmer/Imboden, s. 131-132; Habscheid, s. 489; Leuenberger/Uffer-Tobler, s. 432, Kn. 12.26; BSK BGG – Schott, Art. 95, Kn. 29-30; Staehelin/Staehelin/Grolimund – Staehelin/Bachofner, § 27, Kn. 35; HAP Bundesgericht – Münch/Luczak, § 2, Kn. 2.52; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 9; BSK BGG – Dormann, Art. 105, Kn. 35a; Fasching, Lehrbuch, s. 955, Kn. 1926; Zechner, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 215-217; BGE 121 III 118, 123 (E.4b); BGE 118 II 365 (E.1); BGE 117 II 273, 278 (E.5a); Schwarz, Berufung, s. 135; Neufert, Gerald, Die Revisibilität der Auslegung individueller Vertragserklärungen, Unter besonderer Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung, 1988, s. 81. Objektif-normatif yorumun temyiz mahkemesince tam olarak denetlenebilirliği yönünde: Stumpf, s. 968- 969; May, Arthur, Auslegung individueller Willenserklärungen durch das Revisionsgericht?, NJW 1983, s. 980-981; May, Revision, s. 416, Kn. 245; Neufert, s. 81; Gottwald, Revisionsinstanz, s. 237; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 17.

⁸⁶¹ Öğretideki bir görüşe göre, bireysel irade beyanlarının yorumu temelde vakıa hâkiminin (*Tatrichter*) işidir. Vakıa hâkiminin yaptığı yorum, hukuki hata barındırmıyorsa ve yorumun sonucu savunulabilir nitelikte ise, başka bir yorum sonucu mümkün veya daha yakın olsa bile, temyiz mahkemesi için bağlayıcıdır (Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 3, 5; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 546, Kn. 4; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 9-10; AK-ZPO/Ankermann, § 550, Kn. 12; Hk-ZPO/Koch, § 546, Kn. 8a; Zöller/Hefler, § 546, Kn. 9). Zira, bireysel sözleşme beyanlarının yorumlanması, genellikle somut ihtilaflı ilişkinin ötesinde bir önem taşımadığından, bunlar, temyiz hukuku yeknesaklığı sağlama amacı göz önüne alındığında, sadece sınırlı bir ölçüde kontrol edilebilir (Henke, Rechtsfrage, s. 242 vd., 361 vd.; Schwinge, s. 176 vd.; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 9). Vakıa hâkimleri, irade beyanlarının yorumunda dikkate alınabilecek somut koşulların takdirinde ve ağırlıklandırılmasında, temyiz mahkemesince saygı gösterilmesi gereken bir değerlendirme ve yorum serbestisine sahiptirler. Vakıa hâkimlerine bırakılan bu değerlendirme ve yorum serbestisi yalnızca sınırlı bir şekilde kontrol edilebildiği için, temyiz mahkemesi vakıa hâkimlerince yapılan yorumu da ancak sınırlı bir ölçüde denetleyebilir (Henke, Rechtsfrage, s. 369; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 9; Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 3). İrade beyanlarının yorumu, hem vakıa tespitine hem de hukukun uygulanmasına ilişkin birbirinden ayırt edilemeyen unsurlara sahip yeknesak/tek tip bir düşünce sürecidir ve bu nedenle de temyiz mahkemesince sınırlı olarak denetlenebilir (MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 9). Aksi yönde olan görüş haklı olarak, bu yaklaşımın dogmatik bir gerekçeden yoksun olduğunu ifade etmiştir (Messer, s. 605 vd.; Haspl, s. 249; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 16; Schwarz, Berufung, s. 144). Yorum malzemesinin tam olarak dikkate alınıp alınmadığını temyiz denetime tabi kılp, bu malzemenin doğru bir şekilde değerlendirilip değerlendirilmediğini temyiz denetimi kapsamında çıkarmak tutarsızdır (Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 16). Tespit edilen vakıaların değerlendirilmesi işlemi bir hukuk uygulamasıdır. Bireysel irade beyanlarının ve sözleşmelerin yorumlanması da, hukuk uygulaması olarak bir hukuki meseledir (Stumpf, s. 968- 969; May, Auslegung, s. 980-981; May, Revision, s. 416, Kn. 245; Messer, s. 612; Gottwald, Revisionsinstanz, s. 234; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 17; Neufert, s. 81). Bu nedenle de irade beyanlarının yorumlanması temyiz mahkemesi tarafından tam olarak denetlenebilir (Stumpf, s. 968- 969; May, Auslegung, s. 980-981; May, Revision, s. 416, Kn. 245; Neufert, s. 81; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 17; Schwarz, Berufung, s. 131, 135 vd.). Vakıa hâkimlerine irade beyanları değerlendirmek için böyle bir takdir marjı vermek, hukuk uygulamasının bir kısmı olarak irade beyanlarının yorumunda, yorum kurallarının ihlalini tespit etmek ve denetlemek hususunda temyiz mahkemesini haksız bir şekilde sınırlandırmaya sebebiyet verir (May, Auslegung, s. 982; Schwarz, Berufung, s. 141). İlâveten, hem ampirik-sübjektif, hem de objektif-normatif ve tamamlayıcı yorumda fiili tespitin ve hukuki değerlendirmenin unsurları birbirinden mantıksal olarak ayrılabilir (Neufert, s. 60; Schwarz, Berufung, s. 134-135). Ampirik-sübjektif, objektif-normatif ve tamamlayıcı irade beyanı (ve sözleşme) yorumları birbirleriyle kademeli bir ilişki içerisindedir. Sözleşmenin ampirik-sübjektif yorumu, fiili meseleler alanına dahildir ve temyiz mahkemesince ancak sınırlı bir şekilde denetlenebilir. Buna karşılık, sözleşmenin hem objektif-normatif hem de tamamlayıcı yorumu münhasıran hukuki değerlendirme alanına dahildir ve temyiz mahkemesince sınırsız bir şekilde denetlenebilir (Schwarz, Berufung, s. 135; Neufert, s. 81). Bu hususta ayrıca detaylı olarak bkz. Alman hukuku son bölüm..

kurallarına (TBK m. 19/1; İBK m. 18/1; AMK m. 133, m. 157), anayasal kural ve ilkelere⁸⁶², kabul edilmiş yorum ilkelerine⁸⁶³, tecrübe kurallarına, düşün kanunlarına aykırı olup olmadığı, usule aykırı olarak yorum için önemli olan yorum malzemesinin (*Auslegungstoff*) dikkate alınıp alınmadığı hukuki mesele teşkil eder⁸⁶⁴. Aynı şekilde, yorumun çelişkili olup olmadığı da bir hukuki meseledir⁸⁶⁵.

Belirsiz sayıdaki durumlara ve kişilere yönelik olarak kullanılmak üzere önceden standart bir şekilde formüle edilen tip veya formüler sözleşmeler, genel işlem şartları ve tipikleştirilmiş irade beyanlarının yorumları da hukuki mesele teşkil eder⁸⁶⁶. Bu tür kurallar dizisinin tek tip olarak ele alınması ve özellikle de genel işlem şartlarında yer alan kayıtların objektif içeriklerine ve tipik anlamlarına göre yeknesak bir şekilde yorumlanması gerekir. Bu da, makul ve dürüst sözleşme ortakları tarafından bunların nasıl anlaşılacağına göre yapılır. Yani bunların yorumunda belirleyici olan, somut olaydaki bireysel taraf iradesi ve menfaati değil, ortalama bir kullanıcının ve onun sözleşme ortağının tipik anlayışı ve menfaatidir⁸⁶⁷. Bu bağlamda, genel işlem şartlarının veya karşılaştırılabilir maddelerin, örneğin banka havalelerine ilişkin banka sözleşmesinin veya bir spor derneği tarafından standart bir form şeklinde kullanılan tahkim sözleşmesinin, tüzel kişilerin (derneklerin, kurumların veya

⁸⁶² Özellikle sözleşmenin taraflarından birinin yapısal olarak daha düşük seviyede olduğu ve sözleşmenin sonuçlarının bu taraf için alışılmadık derecede külfetli olması halinde sözleşme içeriğine ilişkin düzeltmelerin anayasal olarak gerekli olduğu unutulmamalıdır. Bu bağlamda bozulan sözleşmesel eşitlik (bozulmuş bir sözleşme paritesi/ *gestörter Vertragsparität*) sorunu tamamen göz ardı edilir veya uygun olmayan araçlarla çözülmeye çalışılırsa, sözleşme özgürlüğü ve bireysel özerlikliğe ilişkin anayasal haklar ihlal edilmiş olur (**Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio**, GG Art. 2 Abs. 1, Kn. 108; **Möllers**, Methodenlehre, § 11, Kn. 59; BVerfGE 89, 214, 231 vd.). Anayasal kural ve ilkelere uygun yorum hususunda ayrıca bkz. yukarıda..

⁸⁶³ Öncelikle taraflarca seçilen ifadeler ve bu ifadelerden elde edilen objektif olarak beyan edilen taraf iradesi dikkate alınmalı ve yorumda her iki tarafın da menfaati göz önünde bulundurulmalıdır. **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 14; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 9; **Nassall**, Revision, s. 192, Kn. 881.

⁸⁶⁴ **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 837; **Messer**, s. 605-609; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 14; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 9; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 13; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 9-10; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 546, Kn. 9; **Haspl**, s. 33; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 6; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 4; **Schellhammer**, Zivilprozess, s. 533, Kn. 1079; **Pekantez**, Denetim, s. 243.

⁸⁶⁵ **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 9; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 14; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 13; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 546, Kn. 9.

⁸⁶⁶ **Stumpf**, s. 958; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 546, Kn. 5; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 15; **Bürck**, s. 43-44; **Nassall**, Revision, s. 192, Kn. 882; **Hk-ZPO/Koch**, § 546, Kn. 10; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 22; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 7 ve § 546, Kn. 11; **Messer**, s. 615; **Schellhammer**, Zivilprozess, s. 533, Kn. 1080; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 8; **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 6; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 5; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 5; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 7; **Uhl**, s. 31; **Pekantez**, Denetim, s. 243.

⁸⁶⁷ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 546, Kn. 5; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 5; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 7.

vakıfların) tüzüklerinin ve şirketlerinin esas sözleşmelerinin yorumu hukuki mesele teşkil eder⁸⁶⁸.

Son olarak, usuli işlemler, usuli beyanlar ve taraf beyanları hakkında yapılan yorum da hukuki mesele teşkil eder⁸⁶⁹. Usuli beyanların yorumunda, tarafın, hukuk sisteminin standartlarına göre makul olanı ve doğru anlaşılmış menfaatlerine karşılık geleni kastettiği ilkesi dikkate alınmalıdır⁸⁷⁰. Örneğin bir taraf beyanının ikrar olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği veya kanun yolundan feragat olup olmadığı hukuki mesele teşkil eder⁸⁷¹. Dava dilekçesinde yer alan dava sebeplerinin ve taleplerin yorumunu da hukuki mesele kapsamında yer alır⁸⁷². Delil ve yetki sözleşmesi gibi usuli sözleşmelerin yorumu hukuki meseledir. İlaveten sulh sözleşmesi veya tahkim sözleşmesi gibi karma nitelikli sözleşmelerin yorumu da hukuki meseleye dahildir⁸⁷³.

D. Belirsiz Hukuk Kavramları ve Hukuka Aykırılık

Maddi hukuk ve usul hukukunda belirsiz hukuk kavramları (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) olarak kabul edilen çok sayıda hukuki kavram mevcuttur. Söz gelimi, dürüstlük kuralına aykırılık, hakkın kötüye kullanılması, iyi niyet, ahlaka uygunluk/aykırılık, yerinde, makul, isabetli, haklı nedenler, önemli sebep, basiret, hakkaniyet, önemli ayıp, ağır ihmal,

⁸⁶⁸ **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 8; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 16; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 4-5; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 7 ve § 546, Kn. 11.

⁸⁶⁹ **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 18; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 11; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 11; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 17; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 4; **Hk-ZPO/Koch**, § 546, Kn. 11; **Uhl**, s. 32; **Schellhammer**, Zivilprozess, s. 533, Kn. 1080; **Nassall**, Revision, s. 194, Kn. 886; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 29; **Pekcanitez**, Denetim, s. 222; **Bulut**, Temyiz, s. 404.

⁸⁷⁰ **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 6; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 546, Kn. 6; **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 7; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 11.

⁸⁷¹ **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 7; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 11; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 11; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 6; **Hk-ZPO/Koch**, § 546, Kn. 11; **Uhl**, s. 32; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 4; **Pekcanitez**, Denetim, s. 222; **Bulut**, Temyiz, s. 405.

⁸⁷² **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 11; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 11; **Uhl**, s. 32.

⁸⁷³ **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 20. Öğretideki bir görüşe göre, karma nitelikli sözleşmelerin yorumu da bireysel sözleşmeler gibi sadece sınırlı bir şekilde temyiz mahkemesince denetlenebilir (**Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 7; **Hk-ZPO/Koch**, § 546, Kn. 11; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 11; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 9). Buna karşılık öğretide haklı olarak ileri sürülen diğer görüşe göre, bir yandan bireysel irade beyanlarının yorumunun temyiz mahkemesince sınırlı bir şekilde denetlenebileceğini kabul edip, diğer yandan bireysel usuli beyanların yorumunun sınırsız bir şekilde denetlenebileceğini söylemek çelişkili bir yaklaşımdır (**Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 20; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 29; **Uhl**, s. 32. Böyle bir ayırım yapılmasına karşı eleştirel yönde bkz. **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 240-241). Her iki beyan türünün aynı şekilde ele alınması gerekir. Hem usule hem de maddi hukuka ilişkin irade beyanlarının yorumu temyiz mahkemesince sınırsız bir şekilde denetlenmelidir. Bu husus aynı zamanda çift taraflı etkiye sahip olan taraf sözleşmeleri bakımından geçerli olmalıdır (**Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 20). Karş. **Bulut**, Temyiz, s. 405.

gereklilik, müterafik kusur, hakkaniyet, ıztırar hali, fahiş, imkansızlık gibi. Belirsiz hukuk kavramlarının somut hayat olayına uygulanmasının arz ettiği özellik, çok bireysel fiili durumların olağanüstü genel ve muğlak hukuki kategoriler altında sınıflandırılması ve altlanması gereğinden kaynaklanmaktadır⁸⁷⁴. Belirsiz hukuk kavramının içeriğini doldurmaya hizmet eden somut vakıaların tespiti fiili meseledir. Buna karşılık, belirsiz hukuk kavramlarının doğru bir şekilde yorumlayıp yorumlamadığı, bu kavramların doğru bir şekilde somutlaştırılıp somutlaştırılmadığı ve uygulanıp uygulanmadığı hukuki meseledir⁸⁷⁵. Örneğin, bir kişinin hangi eylemleri gerçekleştirdiği ve hangi vakıaları bildiği bir fiili meseledir. Ancak bu kişinin bunlardan dolayı iyi niyetli veya dürüst olarak kabul edilmesi hukuki meseledir. Yine bir kişinin ne yaptığı bir vakıa tespitidir, yaptığı bu hareketin iyi niyet kurallarına aykırı olup olmadığı ise hukuki meseledir⁸⁷⁶.

Hemen belirtelim ki, belirsiz hukuk kavramlarının yorumu ve somutlaştırılması ile takdir yetkisinin kullanılması farklı şeylerdir. Belirsiz bir hukuk kavramının anlamını bulmak zorunda olan kimse, takdir yetkisini kullanmaz, hukuki bir soruya cevap verir. Belirsiz hukuk kavramlarının, her bir vakıa için daha yakından belirlenmesi ve ilgili hayat olayına uygulanması gerektiği doğrudur. Ancak, belirsiz hukuk kavramları iki veya daha fazla eşit derecede hukuka uygun çözüm arasında seçim yapma imkanı vermez. Belirsiz hukuk kavramları bakımından her zaman sadece bir tek doğru yorum ve uygulama vardır⁸⁷⁷. Oysa takdir yetkisi ancak hukuku uygulayan kişinin eşit derecede hukuka uygun olan farklı karar alternatifleri arasında seçim yapma yetkisine sahip olması halinde söz konusu olur⁸⁷⁸. Başka bir deyişle, takdire bağlı bir

⁸⁷⁴ **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 15, 38; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 8.

⁸⁷⁵ **Ansay**, s. 340, 342, 353; **Bilge/Önen**, s. 653; **Üstündağ**, Temyizin Nakzı, s. 52; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 838; **Yıldırım**, İstinaf, s. 12; **Yıldırım**, Kanun Yolu, s. 291; **Gürdoğan**, Temyiz, s. 282-283; **Gürdoğan**, Takdir Hakkı, s. 46-48; **Atalay**, Menfi Vakıalar, s. 34, 63; **Sivrihisarlı**, s. 61 vd., s. 79 vd.; **Akcan**, s. 34; **Yavaş**, Temyiz, s. 76; **Akkaya**, İstinaf, s. 206; **Pekcanitez**, Denetim, s. 222, 228, 233; **Öztek**, Şerh, s. 668; **Bulut**, Temyiz, s. 440 vd.; **Fasching**, Lehrbuch, s. 954-955, Kn. 1924; **Rechberger/Simotta**, s. 644-645, Kn. 1117; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 210-212; **Sinaniotis**, s. 884-885; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 8; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 29-30; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 15; **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 161 vd., 184; **Prütting**, Revision, s. 196 vd., 199; **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 35-36; **SHK BGG – Seiler**, Art. 95, Kn. 61. Belirsiz hukuk kavramlarının içeriğinin kanunun yorumlanması yoluyla belirlenmesinin ve altlamanın temyiz edilebilir hukuki mesele olduğu, buna karşılık mahkemenin ilgili normun kapsamında altlama yaptığı vakıa tespitlerinin temyiz edilemez fiili mesele olduğu yönünde: **Grunsky/Jacoby**, s. 234, Kn. 710; **Jauernig/Hess**, § 74, Kn. 45. Belirsiz hukuk kavramlarının yorumunun temyiz edilebilir hukuki mesele olduğu yönünde: **Schilken**, ZPR, s. 436, Kn. 947; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 4.

⁸⁷⁶ **Fasching**, Lehrbuch, s. 954-955, Kn. 1924; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 230.

⁸⁷⁷ **Behrens**, s. 26; **Stickelbrock**, s. 216, 247, 261; **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 35-36; **SHK BGG – Seiler**, Art. 95, Kn. 61; BGE 95 I 33, 40. Aksi yönde bkz. **Bulut**, Temyiz, s. 440 vd.

⁸⁷⁸ **Stickelbrock**, s. 270.

karar, birden fazla kararın doğru olabileceği gerçeğiyle karakterize edilir⁸⁷⁹. Söz gelimi, TMK m. 170/1 uyarınca boşanma sebebi ispatlanmış olursa, hâkim, boşanmaya veya ayrılığa karar verir. Bu noktada hâkimin boşanma veya ayrılık kararı verme konusunda bir takdir yetkisi vardır. Hâkimin, takdir yetkisinin kullanımında hukuki hata gerçekleştirmediği sürece⁸⁸⁰, ayrılık veya boşanma yönünde vereceği her iki karar da hukuken eşit derecede doğrudur. Buna karşılık, meydana gelen vakıaların evlilik birliğini temelinden sarsıp sarsmadığı (TMK m. 166/1) konusunda hukuken tek bir doğru karar vardır.

Öte yandan belirsiz hukuk kavramlarının yorumu ve uygulamasının ne kapsamda temyiz denetimine tabi olduğu öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, belirsiz hukuk kavramlarının altlanması temyiz mahkemesi tarafından ancak sınırlı bir şekilde denetlenebilir⁸⁸¹. Zira belirsiz hukuk kavramlarının somutlaştırılması ve uygulanması fiili mesele ile yakından ilişkilidir⁸⁸² ve vakıa hâkimi bir vakıayı belirsiz hukuk kavramları altında altlarken belli bir değerlendirme ve takdir serbestisine sahiptir ve temyiz mahkemesi buna saygı göstermek zorundadır⁸⁸³. Ayrıca, esasen sözlü duruşma yapmaksızın yazılı olarak karar veren temyiz mahkemesinin somut olaya uzaklığından ve kapasitesinin sınırlı olmasından dolayı da, bu kavramlar bakımından denetimin sınırlı olması gerekir⁸⁸⁴. İlâveten, temyiz mahkemesinin hukuki birliği sağlama amacı gereği, somutlaştırılmaları ve altlamaları münferit davanın bireysel özellikleri sınırlı olan ve karşılaştırılabilir davalarda gelecekteki kararlar bakımından bir rol model işlevine sahip olmayan belirsiz hukuk kavramlarının altlanması temyiz mahkemesi tarafından sadece sınırlı bir ölçüde denetlenebilir⁸⁸⁵. Bu nedenlerle bireysel bir değerlendirme standardının söz konusu olduğu meseleler (haklı sebep, hakkaniyet, müterafik kusur gibi) ile ölçü (ağır ihmal, önemli ayıp, ağır tedavi hatası gibi) ve derece (adil tazminat gibi)

⁸⁷⁹ Behrens, s. 21.

⁸⁸⁰ Takdir yetkisinin kullanımında hukuka ayırıklık için bkz. § 6/III/E.

⁸⁸¹ Henke, Die Tatfrage, s. 191 vd.; AK-ZPO/Ankermann, § 550, Kn. 7-8; Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 12; Zöller/Heßler, § 546, Kn. 12; Hk-ZPO/Koch, § 546, Kn. 18; Thomas/Putzo/Reichold, § 546, Kn. 14-15. Schwinge'ye göre, belirsiz hukuk kavramları tıpkı belirli hukuk kavramları gibi temyiz denetimine tabidir. Ancak denetimin kapsamı tüm kavramlar için aynı değildir, ilgili kavramın vakıa unsurlarının niteliğine ve özgüllüğüne bağlı olarak değişir. Başka bir deyişle denetimin kapsamı, ilgili kavramın uygulanmasının somut davanın koşullarına ne ölçüde bağlı olduğuna, altlamanın sonuçlarının genelleştirilebilme ve soyutlanabilme derecesine göre değişir. Vakıa unsurları somut davanın koşullarına bağlı olmayan ve belirsiz sayıdaki başka davalar için de uygulanan ve hukuki birliği sağlama için önemli olan ilksel öneme sahip olabilecek hukuki meselelere ilişkin tespitler temyiz denetime tabidir (Schwinge, s. 130 vd.).

⁸⁸² Hk-ZPO/Koch, § 546, Kn. 18.

⁸⁸³ AK-ZPO/Ankermann, § 550, Kn. 7-8; Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 12; Zöller/Heßler, § 546, Kn. 12.

⁸⁸⁴ Henke, Die Tatfrage, s. 275 vd.

⁸⁸⁵ AK-ZPO/Ankermann, § 550, Kn. 7-8; Schwinge, s. 130 vd.

meselelerinde temyiz mahkemesinin denetimi sadece bariz hatalarla sınırlıdır⁸⁸⁶. Bu bağlamda temyiz mahkemesi, istinaf mahkemesinin belirsiz hukuk kavramını yanlış değerlendirip değerlendirmedigini, temyizde itiraz edilen usule aykırılıkları gerçekleştirip gerçekleştirmediğini, yani söz gelimi önemli bir vakıayı gözden kaçırıp kaçırmadığını veya bunları tam olarak değerlendirip değerlendirmedigini, düşün kanunları veya tecrübe kurallarını ihlal edip etmediğini denetleyebilir⁸⁸⁷. Buna karşılık temyiz mahkemesi, alt derece mahkemesi tarafından tespit edilen bir vakıanın, kusurluluğu haklı gösterip göstermeyeceğini veya iyi niyeti veya dürüstlük kuralını ihlal edip etmediğini veya genel işlem şartlarında yer alan bir fıkranın karşı tarafı makul olmayan bir şekilde dezavantajlı bir hale getirip getirmediğini sınırsız bir şekilde denetleyebilir⁸⁸⁸.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, belirsiz hukuk kavramlarının altlanması temyiz mahkemesi tarafından tam olarak denetlenebilir⁸⁸⁹. Temyiz mahkemesi, alt derece mahkemesinin belirsiz hukuk kavramlarını doğru bir şekilde yorumlayıp yorumlamadığını, bu kavramların hukuki anlamlarını doğru bir şekilde belirleyip belirmediği, yani bu kavramların doğru bir şekilde somutlaştırılıp somutlaştırılmadığını ve uygulanıp uygulanmadığını tam olarak denetleyebilir⁸⁹⁰. Ayrıca temyiz mahkemesi, alt derece mahkemesinin bu bağlamda değerlendirmesiyle ilgili tüm hususları dikkate alıp almadığını da denetler⁸⁹¹. Belirsiz hukuk kavramlarının somut olaya uygulanmasında genellikle çok bireysel fiili durumların hukuki kategoriler altında sınıflandırılması gereği, bu kavramların somutlaştırılması, yorumlanması ve altlanmasının temyiz mahkemesi tarafından tam olarak denetimine engel değildir⁸⁹². Aksine

⁸⁸⁶ Henke, Die Tatfrage, s. 191 vd., 275 vd., 279 vd.; Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 12; AK-ZPO/Ankermann, § 550, Kn. 7-8; Zöller/Heßler, § 546, Kn. 12; Hk-ZPO/Koch, § 546, Kn. 18.

⁸⁸⁷ Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 12; AK-ZPO/Ankermann, § 550, Kn. 7-8; Zöller/Heßler, § 546, Kn. 12; Hk-ZPO/Koch, § 546, Kn. 18; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 546, Kn. 11.

⁸⁸⁸ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 546, Kn. 11; Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 12; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 13.

⁸⁸⁹ Ansay, s. 340, 342, 353; Bilge/Önen, s. 653; Üstündağ, Temyizin Nakzı, s. 52; Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 838; Yıldırım, İstinaf, s. 12; Yıldırım, Kanun Yolu, s. 291; Gürdoğan, Temyiz, s. 282-283; Gürdoğan, Takdir Hakkı, s. 46-48; Akcan, s. 34; Yavaş, Temyiz, s. 76; Pekcanitez, Denetim, s. 222, 228, 233; Öztekin, Şerh, s. 668; Bolayır, Temyiz, s. 227; Fasching, Lehrbuch, s. 954-955, Kn. 1924; Rechberger/Simotta, s. 644-645, Kn. 1117; Zechner, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 210-212; Gottwald, Revisionsinstanz, s. 161 vd., 184; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 8, 27; Prütting, Revision, s. 196 vd., 199; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 15, 37; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 546, Kn. 15; Sinaniotis, s. 884; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 29-30. Ayrıca bkz. Bulut, Temyiz, s. 440 vd.

⁸⁹⁰ Sinaniotis, s. 884-885; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 8; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 29; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 15. Belirsiz hukuk kavramlarının yorumunun temyiz edilebilir hukuki mesele olduğu yönünde: Schilken, ZPR, s. 436, Kn. 947; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 4.

⁸⁹¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 29; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 546, Kn. 15.

⁸⁹² Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 8; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 15, 38; Sinaniotis, s. 884-885.

belirsiz hukuk kavramları, genellikle ancak belirli dava gurupları hakkında uzun bir süre boyunca verilen somut olaya ilişkin kararlar yoluyla somutlaştırılabilir. Somut olaya ilişkin kararlar yoluyla bu norm somutlaştırıcı etki artık genel olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle belirsiz hukuk kavramının altlamasının temyiz denetimi dışında tutulması, uzun vadede temyiz mahkemesinin bu tür normları somutlaştırmasını ve belirlemesini engeller. Bu da belirsiz hukuk kavramları altında yapılan altlamanın temyiz mahkemesince denetime açık olduğu ve açık olması gerektiğini gösterir⁸⁹³. Dolayısıyla, tespit edilen bir vakıanın belirsiz hukuk kavramının gereklerini taşıyıp taşımadığı ve dolayısıyla da yasal standartları karşılayıp karşılamadığı bir hukuki meseledir ve temyiz mahkemesi tarafından sınırsız bir şekilde denetlenebilir. Zira belirsiz hukuk kavramı için konulan standartlar yanlış değerlendirilirse, aynı zamanda hukuk kavramı da yanlış değerlendirilmiş olur ve böylece sınırsız bir temyiz denetimi açılır⁸⁹⁴. Başka bir deyişle, belirsiz hukuk kavramının yanlış somutlaştırılması, altlamada yanlış bir büyük önermenin varsayımına yol açar ve bu da hukuki sonucun yanlış olarak tayin edilmesine sebebiyet verir⁸⁹⁵. Temyiz mahkemesinin somut olaya uzaklığı ve dosya üzerinden karar vermesi, bu bağlamda temyiz denetimini kısıtlamak için bir gerekçe olarak sunulamaz. Çünkü belirsiz hukuk kavramlarının somutlaştırılması, hâkimin sözlü yargılamadan oluşturduğu kişisel anlayış ve idrak temeline değil, aynı zamanda temyiz mahkemesine de sunulan dava malzemesi temeline dayanır⁸⁹⁶. Ayrıca belirsiz hukuk kavramlarının somutlaştırılmasında hâkimin bir değerlendirme ve takdir serbestisi de söz konusu değildir. Zira bu durumda hâkim eşit derecede hukuken doğru birkaç çözüm arasından bir seçim yapma imkanına sahip değildir. Kaldı ki hâkim belirsiz hukuk kavramının somutlaştırılmasını sübjektif değer kriterlerine göre değil, objektif kriterler temelinde gerçekleştirmek zorunda olduğundan serbest bir takdir yetkisinden söz edilemez. Bu somutlaştırma temyiz mahkemesi tarafından denetlenmelidir⁸⁹⁷. Bu konuda temyiz mahkemesinin denetimini bariz hatalarla sınırlamak, onun yetkisini uygunsuz bir şekilde kısıtlamak olacaktır⁸⁹⁸. İlaveten temyiz hukuki birliği amacından hareketle temyiz mahkemesinin belirsiz hukuki kavramlar bakımından yapacağı denetimi sınırlandırmak da ikna edici bir yaklaşım değildir. Zira temyiz hukuki birliği sağlama

⁸⁹³ **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 15.

⁸⁹⁴ **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 15.

⁸⁹⁵ **Sinaniotis**, s. 880, 885.

⁸⁹⁶ **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 161; **Sinaniotis**, s. 884.

⁸⁹⁷ **Sinaniotis**, s. 879, 884; **Stickelbrock**, s. 271-272.

⁸⁹⁸ **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 161 vd., 184; **Prütting**, Revision, s. 199; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 29; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 27. Ayrıca bkz. **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 13.

yönündeki amacı caiz olan bir temyiz yargılamasında yapılacak hukuki denetimi sınırlama yönünde kullanılamaz⁸⁹⁹. Belirsiz hukuk kavramları bakımından takdir yetkisinin varlığını kabul edip temyiz mahkemesinin denetimi sadece bariz hatalarla sınırlandırmak, hukukun uygulanmasında eşitliğin kaybolmasına neden olur⁹⁰⁰. Eğer kanun hukuka aykırılığı bir temyiz nedeni olarak belirlemişse, aykırılık ve ihlal kavramı, belirsiz hukuk kavramının uygulanmasının her durumunda mantıklı ve gereklidir. Bu da somut olayda belirsiz hukuk kavramının somutlaştırılması ve uygulanmasının temyiz denetimine tabi olması sonucunu doğurur⁹⁰¹. Dolayısıyla, somut olaydaki belirli bireysel özelliklere dayalı olsa bile, temyiz mahkemesi belirsiz hukuk kavramlarının yorumunu, somutlaştırılmasını ve uygulanmasını tam olarak denetleyebilir⁹⁰². Bu bağlamda, temyiz mahkemesi alt derece mahkemesi tarafından tespit edilen vakıanın iyi niyeti veya dürüstlük kuralını ihlal edip etmediğini, ahlaka aykırı olup olmadığını veya kusuru haklı kılıp kılmadığını denetleyebildiği gibi, tespit edilen vakıanın somut olayda haklı sebep, ağır ihmal, önemli ayıp, ağır tedavi hatası teşkil edip etmediğini (yani ölçü ve derece meselelerini) de denetleyebilir⁹⁰³.

E. Takdir Yetkisi ve Hukuka Aykırılık

1. Genel Olarak

Takdir yetkisi hâkimin hukuken eşit derecede doğru olan farklı karar alternatifleri arasında seçim yapma yetkisine sahip olması halinde söz konusu olur⁹⁰⁴. Gerek maddi hukuk gerekse de usul hukuku bağlamında kanun koyucu pek çok durumda hâkime hukuku uygulaması, daha doğrusu hukuki sonucu tayin bakımından⁹⁰⁵ bir takdir yetkisi vermiştir. Söz gelimi, TMK m. 170/1 göre hâkim, boşanmaya veya ayrılığa karar verebilir. TBK m. 58'e göre,

⁸⁹⁹ **Prütting**, Revision, s. 196; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 38; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 27; **Sinaniotis**, s. 882-883.

⁹⁰⁰ **Stickelbrock**, s. 248.

⁹⁰¹ **Sinaniotis**, s. 883.

⁹⁰² **Sinaniotis**, s. 884-885.

⁹⁰³ **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 8, 27; **Sinaniotis**, s. 882 vd.

⁹⁰⁴ **Behrens**, s. 26 vd.; **Stickelbrock**, s. 216.

⁹⁰⁵ Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, takdir yetkisi ancak hâkimin hukuken eşit derecede doğru olan farklı karar alternatifleri arasında seçim yapma yetkisine sahip olması halinde söz konusu olur. Başka bir deyişle, takdire bağlı bir karar, birden fazla kararın hukuken doğru olabileceği gerçeğiyle karakterize edilir. Böyle bir takdir yetkisi ancak hukuki sonuç bakımından söz konusudur. Vakıa unsurları bakımından takdir yetkisi olarak ifade edilen durumlar, örneğin ağır ihmal mi yoksa basit ihmal mi olduğu, belirsiz hukuk kavramları kapsamında yer alır ve bu hallerde hukuken doğru olan birden fazla karar seçeneği söz konusu değildir. **Behrens**, s. 26 vd.; **Stickelbrock**, s. 216, 228 vd., 247, 261.

kişilik hakkı ihlali sebebiyle hâkim, manevi tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesine veya başka bir giderim biçimine karar verebilir. HMK m. 127/1'e göre, hâkim, cevap verme süresini bir ayı geçmemek üzere uzatabilir. İİK m. 76/1'e göre, mal beyanında bulunmayan borçlu bakımından hâkim üç ayı geçmeyecek şekilde tazyik hapsine karar verebilir. Türk ve İsviçre Federal Medeni Kanunu m. 4'de düzenlenen ve takdir yetkisi bakımından genel hüküm kabul edilen düzenlemeye göre, kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir. Bu ve diğer düzenlemelerle hâkime tanınan takdir yetkisi, tamamen serbest ve keyfi değil, hukuken bağlı bir takdir yetkisidir⁹⁰⁶. Hâkim, takdir yetkisini kullanırken, somut olayın tüm koşullarını dikkatli bir şekilde araştırmalı, toplumun ekonomik, sosyal, ahlaki durumu ile genel adalet tasavvurunu, anayasal kural ve ilkeleri, tecrübe ve mantık kurallarını gözetmeli ve her iki tarafın çatışan menfaatlerini tartarak mümkün olabildiğince ölçülü ve adil bir dengeye oturtmalıdır⁹⁰⁷.

Bir takdir yetkisinin mevcut olup olmadığı veya takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığı bir hukuki meseledir. Dolayısıyla takdire bağlı/takdiri bir kararın (*Ermessensentscheidung*) amaca uygun olup olmadığı ve dolayısıyla doğru olup olmadığı bir hukuki mesele teşkil eder⁹⁰⁸. Ancak bununla beraber, takdire bağlı kararların doğasında, birkaç hukuki sonucun uygun ve eşit derecede doğru olması mümkündür⁹⁰⁹. Bu nedenle de, alt derece mahkemeleri tarafından kullanılan takdir yetkisinin kanun yolu mahkemesince ne kapsamda denetlenebileceği hususu tartışmalıdır. Takdir yetkisinin kullanılmasında hukuki hata kapsamında yer alan hususlar bakımından herhangi bir tartışma olmamakla beraber, takdir yetkisinin yerinde kullanılıp kullanılmadığı yönünde bir denetimin yapılıp yapılamamağı hususunda farklı görüşler söz konusudur. Bu nedenle öncelikle takdir yetkisinin kullanılmasında hata teşkil eden hususlar belirtilecek ardından kanun yolu denetiminde hangi takdir hatalarının incelenebileceği ele alınacaktır.

⁹⁰⁶ **Engisch**, Einführung s. 170; **Schindler, Benjamin**, Zum richterlichen Ermessen, in: Akteure der Gerichtsbarkeit, Schindler, Benjamin/ Sutter, Patrick (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2007, s. 136-137

⁹⁰⁷ **Edis**, s. 205 vd.; **Dinçkol, Abdullah**, Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılmasında "Hak ve Nisfet", Yargıtay Dergisi, C. 19, S. 3, 1993, s. 215 vd.; **Schindler**, s. 136 vd.

⁹⁰⁸ **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 34, 35, 37; **Graber**, s. 161; **Stahelin/Stahelin/Grolimund – Stahelin/Bachofner**, § 27, Kn. 31; **SHK BGG – Seiler**, Art. 95, Kn. 59-60; **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 31-34; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 31; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 28; **Gassler/Rickli**, Art. 310, Kn. 3.

⁹⁰⁹ **Behrens**, s. 26; **Stickelbrock**, s. 8 vd., 216 vd.; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 31; **Arnold, Stefan**, Zur Überprüfung tatrichterlicher Ermessensspielräume in der Berufung, ZZP 126 (2013), s. 63; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 28.

2. Takdirde Hata

Mahkemenin takdir yetkisini kullanırken yapmış olduğu hataları ifade eden takdir hataları şu şekillerde ortaya çıkabilir⁹¹⁰;

a. Takdir Eksikliği

Mahkemenin takdire bağlı bir hükmün sağladığı takdir yetkisini göz ardı etmesi ve yanlışlıkla kendisini bağlı sayarak takdir yetkisini kullanmaması durumunda takdir eksikliği söz konusu olur. Kanun yolu mahkemesi, alt derece mahkemesinin takdir yetkisi veren bir hükmü bu şekilde yanlış anlayıp anlamadığını ve buna göre kendisine tanınan takdir yetkisini fiilen kullanıp kullanmadığını denetler. Çünkü kanun hâkime bir takdir yetkisi veriyorsa, hâkimin bu takdir yetkisini kullanma ödevi de mevcuttur.

b. Takdir Yetkisinin Şeklen Kullanılması

Mahkeme, sahip olduğu karar seçeneklerini esaslı bir şekilde tüketmemişse, daha doğrusu değerlendirme için gerekli olan koşulları dikkate almadan veya dikkate almaması gereken hususları dikkate alarak, şematik/matbu/klişe bir karar vermişse, takdir yetkisinin şeklen kullanılması söz konusu olur. Örneğin hâkim, hakaret içeren bir söz nedeniyle açılan manevi tazminat davasında kullanılan sözcüğün içeriği, karşı tarafta yarattığı etki ve bu sözcüğün hangi ortamda söylendiği gibi hususları dikkate almaksızın matbu bir şekilde bu nitelikteki bütün davalarda aynı tazminat oranına hükmediyorsa, takdir yetkisini şeklen kullanmış olur. Ya da örneğin hâkim HMK m. 127/1 de ek cevap süresi için öngörülen ek bir aya kadarki süreyi tayin ederken son derece kapsamlı olan uyumsuzluk durumunu dikkate almaksızın bir haftalık ek süre verirse, takdir yetkisi şeklen kullanılmış olur.

⁹¹⁰ Çağır, s. 217-219; Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 838; Edis, s. 208 vd.; Dinçkol, Denetim, s. 153; Dinçkol, Hak ve Nispet, s. 218-219; Bolayır, Temyiz, s. 233; Antalya, HBK C. II, Kn. 3502-3503; Engisch, Einführung s. 165; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 31; Zöller/Heßler, § 546, Kn. 14; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 14; Behrens, s. 47 vd.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 546, Kn. 13; Stichelbrock, s. 267, 272-273; Arnold, Zur Überprüfung, S. 65; Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 13; Thomas/Putzo/Reichold, § 546, Kn. 13; Wicczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 33; Hk-ZPO/Koch, § 546, Kn. 19; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 28; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 546, Kn. 16; BSK BGG – Schott, Art. 95. Kn. 32-34; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 34-36; Seiler, 203, Kn. 470; Graber, s. 160; ZPO DIKE – Blickenstorfer, Art. 310, Kn. 10; SHK BGG – Seiler, Art. 95, Kn. 59-60.

c. Takdir Yetkisinin Aşılması

Mahkeme takdir yetkisini kullanırken kanunda öngörülen sınırlara uymazsa veya kanunda öngörülmemiş bir hukuki sonucu tayin ederse, takdir yetkisinin aşılması söz konusu olur. Ayrıca, kanunda aslında bir seçime izin verilmediği halde hâkimin takdir yetkisinin mevcut olduğunu hatalı bir şekilde kabul ederek karar vermesi de takdir yetkisinin aşılmasıdır. Örneğin hâkim, TMK m. 171’de ayrılığa bir yıldan üç yıla kadar bir süre için karar verebileceğini öngören düzenlemeye rağmen dört yıllık ayrılığa karar verirse takdir yetkisini aşmış olur.

d. Takdir Yetkisinin Kötüye Kullanılması

Mahkeme tarafından takdir yetkisinin kullanılması, takdir yetkisini veren kanun hükmünün anlamı ve amacı ile çelişiyorsa, takdir yetkisinin kötüye kullanılması söz konusu olur. Başka bir deyişle, takdir yetkisi, yetkilendirme amacına uygun bir şekilde kullanılmazsa veya anayasal gerekliliklere aykırı bir şekilde keyfi olarak kullanılırsa, takdir yetkisi kötüye kullanılmış olur. Ayrıca, takdir yetkisinin kullanımının alakasız/ilgisiz kriterlere dayanması durumunda da takdir yetkisinin kötüye kullanılması söz konusu olur. Örneğin hâkim, tarafın uyruğu (milliyeti) nedeniyle onun aleyhine yüksek miktarda manevi tazminata hükmederse veya boşanma nedeniyle yoksulluk nafakasını belirlerken yoksul olacak eşe olağanüstü refah ve zengin yaşam tarzına neden olacak miktarı öngörürse, takdir yetkisini kötüye kullanmış olur.

e. Takdir Yetkisinin Yerinde Kullanılmaması

Mahkeme takdir yetkisini, kanunda öngörülen çerçevesi içerisinde, somut olaydaki ilgili bütün hususları göz önünde bulundurarak ve ilgili normun amacına uygun kullanmış olsa bile, amaca uygun olmayan bir şekilde kullanmış gibi görünüyorsa ve bu yüzden kanun yolu mahkemesi alt derece mahkemesinin yerinde olsaydı başka bir karar verecek idiyse, takdir yetkisinin yerinde kullanılmaması söz konusu olur. Örneğin, mahkeme hareket nedeniyle açılan bir manevi tazminat davasında, söylenen sözün içeriği, hareketin söylendiği ortam, süre, taraflar arasındaki ilişki ve paranın alım gücü gibi somut uyumsuzluk bakımından önem arz eden bütün hususları dikkate alıp 15.000 TL manevi tazminata hükmetmesine rağmen, kanun yolu mahkemesi aynı dosyada alt derece mahkemesinin yerinde olsaydı 16.000 TL tazminata hükmedecek idiyse, kanun yolu mahkemesi açısından takdir yetkisinin yerinde kullanılmaması durumu mevcut olur.

f. Gerekçelendirme Eksikliği

Mahkemenin takdir yetkisini mevcut şekilde kullanmasına dayanak teşkil eden objektif mülahazalarını ve takdir yetkisinin kullanılmasında hangi hususların belirleyici olduğunu kararında anlaşılır ve denetlenebilir bir şekilde ortaya koymaması halinde takdir yetkisinin kullanılmasında gerekçelendirme eksikliği söz konusu olur.

3. Kanun Yolu Denetimi

a. İstinaf Kanun Yolu Bakımından

İstinaf kanun yolunda, ilk derece mahkemesinin takdir eksikliğinin, takdir yetkisini şeklen kullanmasının, takdir yetkisini aşmasının, takdir yetkisini kötüye kullanmasının ve gerekçelendirme eksikliğinin denetlenebileceği hususunda herhangi bir tartışma yoktur⁹¹¹. Bununla beraber, istinaf mahkemesinin yerindelik denetimi de yapıp yapamayacağı tartışmalıdır.

Öğretideki bir görüşe göre, istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin takdiri kararlarını sadece hukuka aykırılık teşkil eden takdir hataları ile sınırlı bir şekilde denetleyebilir, yerindelik denetimi yapamaz⁹¹². Şayet ilk derece mahkemesi herhangi bir hukuki hata yapmadan takdir yetkisini kullanmışsa, öncelikle ilk derece mahkemesince yapılan hataları kontrol etmek ve bunları gidermek işlevine sahip olan istinaf mahkemesinin müdahale edebileceği ve giderebileceği bir hukuki hata da söz konusu değildir. İlk derece mahkemesince kullanılan takdir yetkisinin istinaf mahkemesi için bağlayıcı olması ve istinaf mahkemesi tarafından yeniden takdir yetkisinin kullanılmasıyla bunun değiştirilememesi aynı zamanda ilk derece mahkemesi güçlendirilir. Bu husus ayrıca tarafların ilk dereceyi esasen bir geçiş derecesi

⁹¹¹ Behrens, s. 47-50; Stickelbrock, 272-273; Bley, s. 108; Doukoff, s. 121-122, Kn. 457; Rimmelspacher, Berufungsgründe, s.1900; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 139, Kn. 34; SHK ZPO – Mathys, Art. 310, Kn. 16; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 35; Seiler, 203, Kn. 474; BK ZPO – Sterchi, Art. 310, Kn. 8; Graber, s. 160-161; BSK ZPO – Spühler, Art. 310. Kn. 3, 9; ZPO DIKE – Blickenstorfer, Art. 310, Kn. 10, 21.

⁹¹² Stürner, Anfechtung, s. 222-223; Unberath, s. 341; Bley, s. 101; Arnold, Zur Überprüfung, s. 68 vd; BK ZPO – Sterchi, Art. 310, Kn. 3, 8, 9, 13; ZPO DIKE – Blickenstorfer, Art. 310, Kn. 10, 21. İsviçre Federal Mahkemesine göre, istinaf mahkemeleri hukuki ve fiili (maddi) yönden sınırsız bir denetim yetkisine sahiptir. Bu denetim yetkisinin kullanılmaması, kural olarak, hukuki dinlenilme hakkını ihlal eder. Ancak istinaf mahkemelerinin denetim yetkisini yerindelik yönünden kullanmaması halinde, hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilmiş olmaz. Zira, istinaf mahkemesinin serbest denetim yetkisine sahip olması, onun kendi takdirini alt derece mahkemesinin takdiri yerine koymasını zorunlu kılmaz. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesine belli bir değerlendirme serbestisi tanıyabilir ve kendini bununla sınırlandırabilir. İstinaf mahkemesi, takdire bağlı kararlara, yeterli (kafi) nedenler mevcut ise, müdahale edebilir (BGer. 5A_198/2012, 24.08.2012 (E. 4. 1-3).

(*Durchgangsinstanz*) olarak görmelerini ve hatta onu taktik manevraları için kullanmalarını engeller⁹¹³. İlk derece mahkemesince dayanılan vakıalar temeli istinaf aşamasında değişmemiş ve istinaf mahkemesinin değerlendirmesine göre hatasız bir takdiri karar verilmişse, hukuki hata mevcut değildir ve istinaf haklı değildir. Vakıalar temeli değişmemekle beraber ilk derece mahkemesi takdir hatası (söz gelimi dikkate alması gereken bir hususu göz ardı etmişse) yapmışsa, istinaf haklıdır ve istinaf mahkemesi kural olarak davanın esası hakkında bizzat hüküm vermeli ve takdir yetkisini kullanmalıdır. İstinaf aşamasında vakıalar temelinin değişmesi halinde de istinaf mahkemesi ilk derecenin takdiri kararını hukuki hatalar yönünden denetleyebilir. Bu ihtimalde takdir hatası sadece ilk derece mahkemesinin bilmediği hususları dikkate alamadığı için söz konusu olabilir. Bu durumda da istinaf mahkemesi kural olarak davanın esası hakkında bizzat karar vermek ve takdir yetkisini kullanmak zorundadır⁹¹⁴.

Diğer bir görüşe göre, istinaf mahkemesinin alt derece mahkemesince takdire bağlı olarak verilen kararları ne ölçüde denetleyebileceği, istinaf aşamasında hayat olayı resminin önemli noktalarda değişip değişmediğine bağlıdır. Şayet istinaf aşamasında, ilk derece kararının dayandığı vakıalar temeli değişmişse (özellikle de yeni vakıa ve delillerin ileri sürülmesiyle) istinaf mahkemesi sadece ilk derecenin takdire bağlı kararını sınırlı bir şekilde denetlemekle kalmaz, bizzat takdir yetkisini kullanarak davanın esası hakkında hüküm verir. Diğer bir ifadeyle, ikinci derecede hayat olayı resmi değişirse, istinaf mahkemesi kendi takdir yetkisini ilk derece mahkemesinin takdir yetkisi yerine koyma hakkına ve yükümlülüğüne sahiptir. Buna karşılık ikinci derecede hayat olayı resmi önemli noktalarda değişmemişse, istinaf mahkemesi sadece ilk derecenin takdir yetkisi kullanımını denetleyebilir, yoksa bizzat kendi takdir yetkisi kullanamaz. Bu husus, yargılamanın ağırlığının ilk dereceye kaydırılmasından, istinaf aşamasında yeni vakıa ve delillerin ileri sürülmesinin sınırlandırılmasından ve kanun yolunun ve istinafin amacının kararın doğruluğunun kontrolü olmasından kaynaklanmaktadır⁹¹⁵.

Bizim de katıldığımız görüşe ise, istinaf mahkemesi takdire bağlı kararları sınırsız bir şekilde denetleyebilir ve bu konuda yalnızca istinaf mahkemesinin kendi takdiri

⁹¹³ **Arnold**, Zur Überprüfung, s. 69-70; **Bley**, s. 100-101.

⁹¹⁴ **Bley**, s. 109; **Arnold**, Zur Überprüfung, s. 73-74.

⁹¹⁵ **Behrens**, s. 78 vd., 91 vd.

belirleyicidir⁹¹⁶. Bu bağlamda istinaf mahkemesinin takdire bağlı kararı denetimi, hayat olayının ikinci derecede değişip değişmediğine göre farklılık arz etmez. İstinaf mahkemesi, kararın verildiği tarihteki vakıalara mı yoksa yeni vakıalara mı dayandığına bakmaksızın kendi takdirini alt derecenin takdirinin yerine koymalıdır. İstinaf mahkemesinin öncelikli amacı somut olay adaletini sağlamaktır ve maddi bakımından doğru karar verme emrini gerçekleştirme görevi mevcuttur. Temyiz mahkemesi için öngörülen sınırlamalar istinaf mahkemesi için geçerli değildir. İstinaf mahkemesi takdire bağlı kararları salt yöntem açısından değil, içerik açısından da denetleyebilir. Dolayısıyla istinaf mahkemesi takdire bağlı kararlar çerçevesinde kendi amaca uygunluk ve yerindelik değerlendirmesini de yapmak zorundadır. Bu bağlamda istinaf mahkemesi kendisi açısından ikna edici olduğuna inandığı kararları verebilir ve bu hususta ilk derece mahkemesinin salt hukuken savunulabilir görüşü ile bağlı değildir. Bu sebeple de istinaf derecesinde takdire bağlı kararların incelenmesi, hukuki takdir hatalarının mevcut olup olmadığının denetimi ile sınırlı değildir. Aksine istinaf mahkemesi bizzat esasa ilişkin yeni bir karar vermek ve bu kararı verirken kendi fikirlerine göre değerlendirme yapmak ve kendisine tanınan takdir yetkisini bizzat kullanmak zorundadır⁹¹⁷. Bunun için istinaf mahkemesinin duruşmalı inceleme yapması gereklidir. İstinaf mahkemesi, dosya üzerinden yerindelik denetimi yapamaz. Zira, takdiri kararlar bakımından somut olayın bütün koşullarının dikkate alınması gerekliliği ile birden fazla kararın doğru olma imkanı, dosya üzerinden yerindelik denetimi yapılmasına engeldir. Ayrıca takdiri kararın yerindelik denetimi bizzat esas hakkında hüküm verilmesini gerektirir. Çünkü yerindelik denetiminde uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması hali söz konusu değildir

⁹¹⁶ **Roth**, Einzelfallgerechtigkeit, s. 176, 178; **Stickelbrock**, s. 264-266; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 139, Kn. 34; **Musielak/Voit/Ball**, § 513, Kn. 4a; **Ermenek, İbrahim**, Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, 1. B., Ankara 2014, s. 196; **Seiler**, 204-205, Kn. 474, 476; **Graber**, s. 161; **SHK ZPO – Mathys**, Art. 310, Kn. 16; **Gehri, Myriam A.**, in: Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, OFK - Orell Füssli Kommentar, Gehri, Myriam A./Jent-Sørensen, Ingrid/Sarbach, Martin (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich 2015, Art. 310, Kn. 3; **Gassler/Rickli**, Art. 310, Kn. 3; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 36.

⁹¹⁷ **Stickelbrock**, s. 264-266; **Roth**, Einzelfallgerechtigkeit, s. 176 vd., 178; **ZPO Rechtsmittel – Stauber**, Art. 310, Kn. 10. **Stickelbrock**'a göre, ayrıca pratik uygulamada, istinaf mahkemeleri ilk derece tarafından verilen takdiri kararları onaylama eğiliminde olduklarından, bu şekilde savunulan tam/sınırsız denetim, nadiren takdir hatalarına yönelik sınırlı denetimden farklı sonuçlara yol açabilir (**Stickelbrock**, s. 266). Alman Federal Mahkemesine göre de, istinaf mahkemesi reformdan sonra da vakıa derecesidir ve ilk derecenin manevi tazminata yönelik takdirinin inandırıcı olup olmadığını tam olarak denetleyebilir. İstinaf mahkemesi, ilk derecenin takdirinin savunulabilir olduğunu, ancak tüm yönler dikkate alındığından nihai olarak ikna edici olmadığını düşünürse kendi takdirini kullanarak somut olayda yerinde/uygun olan tazminat miktarını bizzat bulabilir ve bulmak zorundadır. Bu bağlamda istinaf mahkemesi, ilk derecenin değerlendirmesinin ve takdirinin hukuki hatalar içerip içermediğini denetlemekle yetinmemelidir (BGH NJW 2006, 1589, 1592; BGH NJW 2011, 1947, 1949).

(HMK m. 353/1-a-6). Dolayısıyla da istinaf mahkemesi, salt ilk derece mahkemesinin takdiri kararının yerinde olmadığı gerekçesiyle dosyayı geri gönderemez. Örneğin, kişilik hakkı ihlali nedeniyle açılan bir manevi tazminat davasında istinaf mahkemesi yaptığı duruşmalı inceleme neticesinde (hiçbir yeni delil olmasa ve vakıa tespitleri değişmese de) ilk derecenin verdiği 15.000 TL’lik manevi tazminatı kendisi açısından ikna edici bulmazsa, bunu 16.000 TL olarak belirleyip esas hakkında bizzat karar verebilir. Ancak, duruşma yapmaksızın dosya üzerinden 15.000 TL’lik tazminatı 16.000 TL olarak belirleyemez. Ayrıca, sırf bu nedenden dolayı dosyayı alt derece mahkemesine gönderemez.

b. Temyiz Kanun Yolu Bakımından

Temyiz kanun yolunda, alt derece mahkemelerinin takdir eksikliği, takdir yetkisini şeklen kullanması, takdir yetkisini aşması, takdir yetkisini kötüye kullanması ve gerekçelendirme eksikliği denetlenebilir⁹¹⁸. Buna karşılık, temyiz mahkemesi, alt derece mahkemelerinin takdiri kararlarını yerindelik yönünden denetleyemez ve kendi takdirine bağlı kararını alt derece mahkemesinin takdire bağlı kararının yerine koyamaz⁹¹⁹. Zira, takdiri kararlar bakımından somut olayın bütün koşullarının dikkate alınması gerekliliği ile birden fazla kararın doğru olma imkanı, temyiz mahkemesinin dosya üzerinden yerindelik denetimi yapılmasına engel teşkil eder. Öte yandan, temyiz kanun yolunda takdire bağlı kararların yerindelik denetimi dışındaki diğer takdir hataları yönünden denetimi, hem somut olay

⁹¹⁸ Çağıl, s. 217-219; Dinçkol, Hak ve Nispet, s. 218-219; Dinçkol, Denetim, s. 153; Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 838; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 470; Sivrihisarlı, s. 106 vd.; Bolayır, Temyiz, s. 233-235; Antalya, HBK C. II, Kn. 3502-3503; Özekes, Pekantez Usul, s. 2301; Ermenek, s. 201; Bulut, Temyiz, s. 437 vd.; Engisch, Einführung s. 165; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 14; Stickelbrock, s. 267; Behrens, s. 43 vd.; Arnold, Zur Überprüfung, S. 65; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 28; Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 13; AK-ZPO/Ankermann, § 550, Kn. 9; Zöller/Heßler, § 546, Kn. 14; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 546, Kn. 16; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 31; Hk-ZPO/Koch, § 546, Kn. 19; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 33; Thomas/Putzo/Reichold, § 546, Kn. 13; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 546, Kn. 13; Staehelin/Staehelin/Grolimund – Staehelin/Bachofner, § 27, Kn. 31; SHK BGG – Seiler, Art. 95, Kn. 59-60; BSK BGG – Schott, Art. 95, Kn. 31-34; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 35; SHK BGG – von Werdt, Nicolas, Art. 106, Kn. 9.

⁹¹⁹ Dinçkol, Denetim, s. 150-151; Bolayır, Temyiz, s. 235; Pekantez, Denetim, s. 235; Bulut, Temyiz, s. 448; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 14; Stickelbrock, s. 267; Behrens, s. 43 vd.; Arnold, Zur Überprüfung, s. 65; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 28; Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 13; AK-ZPO/Ankermann, § 550, Kn. 9; Zöller/Heßler, § 546, Kn. 14; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 546, Kn. 16; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 31; Hk-ZPO/Koch, § 546, Kn. 19; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 33; Thomas/Putzo/Reichold, § 546, Kn. 13; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 546, Kn. 13; Staehelin/Staehelin/Grolimund – Staehelin/Bachofner, § 27, Kn. 31; SHK BGG – Seiler, Art. 95, Kn. 59-60; BSK BGG – Schott, Art. 95, Kn. 31-34; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 35; SHK BGG – von Werdt, Art. 106, Kn. 9.

adaletinin sağlanması hem de hukukun eşit uygulanması bakımından zaten yeterli güvenceleri barındırmaktadır.

Bu hususlar, takdiri kararların tipik örneklerinden birini oluşturan manevi tazminatın miktarının tayini bakımından da geçerlidir. Manevi tazminatın tespiti de temelde vakıa hâkiminin işi olmakla beraber, temyiz mahkemesi bu tespitin sadece hukuki hatalar içerip içermediğini denetleyebilir. Bu bağlamda temyiz mahkemesi, alt derece mahkemesinin manevi tazminatın değerlendirilmesi bakımından dikkate alması gereken tüm koşulları yeterince göz önünde bulundurup bulundurmadığını, dikkate almaması gereken hususları dikkate alıp almadığını, keyfi bir şekilde belirleme yapıp yapmadığını, tazminatın ihlalin türü ve süresiyle uygun şekilde ilişkili olmasını sağlamaya çaba gösterip göstermediğini ve tayin edilen tazminata dayanak teşkil eden objektif mülahazaların anlaşılır ve denetlenebilir bir şekilde gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğini denetleyebilir. Ancak bunların ötesinde temyiz mahkemesi manevi tazminatın miktarının yerindeliliğini denetleyemez⁹²⁰. Temyiz mahkemesinin kanaatine göre olması gereken tazminat miktarı ile alt derece mahkemesince tayin edilen tazminat miktarı arasında fahiş bir farklılık olması, alt derece mahkemesinin dikkate alması gereken tüm koşulları yeterince göz önünde bulundurmamasından, keyfi bir şekilde belirleme yapmasından, tazminatın ihlalin türü ve süresiyle uygun şekilde ilişkili olmamasından veya takdir yetkisi veren normun anlamı ve amacının yanlış yorumlanmasından kaynaklanabilir. Bu hallerde temyiz mahkemesi alt derece mahkemesinin hukuki hata barındıran takdiri kararını denetleyebilir. Buna karşılık, bu nitelikli hukuki hata barındıran takdiri karar yoksa, temyiz mahkemesi salt kendi kanaatine göre olması gerekenden farklı bir miktarda tazminatın öngörüldüğü sebebiyle bozma kararı veremez. Örneğin, alt derece mahkemelerince tespit edilen manevi tazminat miktarı 15.000 TL olmakla birlikte, temyiz mahkemesine göre olması gereken rakam 50.000 TL ise veya tam tersi bir durum söz konusuysa, alt derece mahkemesinin hukuki hata barındıran takdiri kararı mevcuttur ve bu temyiz mahkemesince bozulabilir. Ancak alt derece mahkemelerince tespit edilen manevi tazminat miktarı 15.000 TL olmakla birlikte, temyiz mahkemesine göre olması gereken rakam 20.000 TL ise, yani takdir edilen tazminat sadece yerinde değilse, temyiz mahkemesi bozma kararı veremez⁹²¹.

⁹²⁰ Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 29; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 14; Bulut, Temyiz, s. 454.

⁹²¹ Sonuç itibarıyla aynı yönde: Postacıoğlu, Medeni Usul, s. 747-748; Gürdoğan, Temyiz, s. 284; Sivrihisarlı, s. 111-122; Bulut, Temyiz, s. 435, 454. Nafaka veya manevi tazminat miktarının tayininde hâkimin takdir hakkında olayın değerlendirilmesinde fahiş hata mevcut değilse müdahale edilmemesi gerektiği yönünde :

İsviçre Federal Mahkemesi hukuki sonucun takdirinin temyiz mahkemesince denetlenebilir bir hukuki mesele olduğunu ancak takdire bağlı kararların denetiminde ihtiyatlı davranılması gerektiğini belirtmektedir. Federal Mahkeme takdire bağlı kararlara sadece, alt derece mahkemesinin, sebepsiz bir şekilde öğreti ve yargı kararlarında kabul edilen temel ilkelerden farklı bir karar vermesi veya somut olaydaki karar bakımından herhangi bir rol oynamayacak vakıaları dikkate alması ya da zorunlu olarak dikkate alması gereken aksi (zıt) yöndeki durumları dikkate almaması yahut açık bir şekilde hakkaniyete aykırı (*offensichtlich unbillig*), şok edici derecede adaletsiz (*stossender Weise ungerecht*) bir karar vermesi halinde müdahale etmektedir^{922/923}.

Yargıtay'ın, genel olarak, takdiri kararların denetimi konusunda yeterli hassasiyeti gösterdiğini söylemek mümkün değildir. Özellikle yakın dönemlerde alt derece mahkemelerince tayin edilen manevî tazminat miktarı, Yargıtay'ın ilgili dairesince "... tarafların tespit edilen ekonomik ve sosyal durumları, boşanmaya yol açan olaylardaki kusur dereceleri, paranın alım gücü, kişilik haklarına yapılan saldırı ile ihlâl edilen mevcut ve beklenen menfaat dikkate alındığında davacı kadın yararına takdir edilen maddî ve manevî tazminat azdır. Türk Medeni Kanunu'nun 4. maddesindeki hakkaniyet ilkesi ile Türk Borçlar Kanunu'nun 50 ve 51. maddesi hükmü dikkate alınarak daha uygun miktarda maddî (TMK m. 174/1) ve manevî (TMK m. 174/2) tazminat takdiri gerekir. Bu yönler gözetilmeden hüküm tesisi doğru bulunmamış, bozmayı gerektirmiştir..." şeklindeki bir gerekçe ile bozulmakta, direnme üzerine Hukuk Genel Kurulu, "...Takdir hak ve yetkisinin denetlenmesi de bir hukukîlik denetimi olup Yargıtayın yetki alanında bulunduğu da muhakkaktır... Hâkim, TMK'nın 4. maddesi ile TBK'nın 50 ve 51. maddeleri uyarınca gerçekleşen kusurun ağırlığı, tarafların ekonomik ve sosyal durumları ve hakkaniyet gereğince uygun bir maddi ve manevi tazminat hükmetme yetkisine sahiptir. Burada hâkime tanınan takdir hakkının maddi hukuktan

Yavaş, Temyiz, s. 133. Yargıtay'ın, takdir yetkisinin kullanılmasında bir keyfilik bulunmamak kaydıyla, derece mahkemesi tarafından hükmedilen manevi tazminat miktarını azaltmasının ve düzelterek onama karar vermesinin mümkün olmadığı yönünde : **Öztek**, Şerh, s. 661. Ayrıca bkz. **Pekcanitez**, Denetim, s. 238 vd.

⁹²² BGE 130 III 213, 220 (E.3.1); BGer. 5C.91/2004, 05.08.2004 (E. 5.1); BGer. 5A_726/2008, 19.12.2008 (E.3.2); **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 33-34; **SHK BGG – Seiler**, Art. 95, Kn. 65; **SHK BGG – von Werdt**, Art. 106, Kn. 9; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 37; **HAP Bundesgericht – Münch/Luczak**, § 2, Kn. 2.51.

⁹²³ Alman Federal Mahkemesinin genel yaklaşımı da, takdiri kararların sadece takdir eksikliği, takdir yetkisinin şeklen kullanılması, takdir yetkisinin aşılması, takdir yetkisinin kötüye kullanılması ve gerekçelendirme eksikliği barındıran takdir hatalarıyla sınırlı bir şekilde denetlenebileceği ve yerindelik denetimi yapılmayacağı şeklindedir. BGH NJW 1982, 1765; BGH NJW-RR 1994, 1143, 1144; BGH NJW 2009, 502, 505; BGH NJW 2009, 993, 997; BGH NJW 2016, 1441, 1442. Manevi tazminat bakımından da benzer yönde bkz. BGH NJW 1954, 1034; BGH NJW 1998, 2741, 2742.

kaynaklanan ve hukukî sonuca yönelik olarak kullanılan bir hukuka uygunluk sorunu olduğu tartışmasızdır. Belirtilen bu nedenlerle bölge adliye mahkemesi maddi vakıa ve delilleri doğru belirlemesine rağmen bunlarla varılacak hukukî sonucu yanlış değerlendirmiş bir başka ifade ile hata yapmıştır. Özel Dairenin bu hususa değinen bozma kararı ise Yargıtayın denetimi kapsamında ve yerinde bir sonuçtur...”⁹²⁴ gerekçesiyle ya da başka gerekçelerle “az” veya “fazla”⁹²⁵ bulunan manevi tazminat miktarının bozma sebebi olacağını belirtmektedir⁹²⁶. Yukarıda detaylıca ifade ettiğimiz bilgiler ışığında böyle bir yaklaşımın isabetli olmadığı ortadadır.

⁹²⁴ Yargıtay HGK, 15/12/2022 T., 2022/1028 E., 2022/1754 K. Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK, 22/02/2022 T., 2021/849 E., 2022/167 K.; Yargıtay HGK, 29/03/2022 T., 2022/283 E., 2022/410 K.; Yargıtay HGK, 22/03/2022 T., 2021/847 E., 2022/360 K.

⁹²⁵ Yargıtay HGK, 01/11/2017 T., 2017/2600 E., 2017/1241 K.: “Öte yandan davacı lehine hükmedilen manevi tazminat miktarına bakıldığında olayın gelişim şekli, sarfedilen sözler, tarafların ekonomik ve sosyal durumlarını gösterir nitelikteki araştırma formu dikkate alındığında, hükmedilen manevi tazminatın fazla olduğu anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”. Yargıtay 21. HD, 24/05/2007 T., 2007/763 E., 2007/8564 K.: “...Olayın oluş şekline, müterafik kusur oranlarına, davacının duyduğu elem ve ızdırabın derecesine, tarafların sosyal ve ekonomik durumuna, 26.06.1966 gün 1966/7-7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı’nın içeriğine ve öngördüğü koşulların somut olayda gerçekleşme biçimine ve hak ve nesafet kurallarına göre, davacı için 5.000 YTL manevi tazminat yerine 7.000 YTL manevi tazminata hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...”. Tazminat miktarları yönünden takdiri kararların Yargıtay’ca denetimine ilişkin daha önceki tarihli kararlar için bkz. **Kuru**, C. 5, s. 4717 vd.

⁹²⁶ Hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde verdiği kararlara ilişkin Yargıtay’ca düzelterek onama kararı verilemeyeceği ilişkin 2011 yılında HMK m. 370/2’de yapılan değişiklik ile Yargıtay’ın alt derece mahkemelerince verilen manevi tazminat miktarlarının az veya çok olduğu gerekçesiyle düzelterek onama kararı vermesi yönündeki uygulamasını sınırlandırmanın amaçlandığı yönünde bkz. **Pekcanitez**, Denetim, s. 238 vd.; **Öztek**, Şerh, s. 661. 2011 yılında HMK m. 370/2’de yapılan değişiklik ile bu fıkranın uygulama alanı kalmadığı yönünde bkz. **Budak/Karaaslan**, Medeni Usul, s. 456.

§ 7 VAKIA TESPİTLERİNDE HUKUKA AYKIRILIK

I. Genel Olarak

Bir vakıanın meydana gelip gelmediğine yönelik vakıa tespitleri ile bu tespitleri gerçekleştirmek için yapılan delil değerlendirmesi fiili (maddi) mesele olmakla birlikte, fiili meselelerin hukuka uygun bir şekilde tespit edilip edilmediği hukuki mesele teşkil eder. Hâkim tarafından vakıa tespitleri yapılırken ve deliller değerlendirilirken uyulması gereken hukuk kurallarının ihlal edilmesi, hukuka aykırılık teşkil eder. Bu bağlamda söz konusu olabilecek hukuka aykırılıklar, genel olarak, dava malzemesinin oluşturulmasına ilişkin hukuk kurallarının ihlali, maddi hukuka ilişkin hatalı hukuki bakış açısı nedeniyle vakıaların eksik tespit edilmesi, delillerin değerlendirilmesinde hukuki hata yapılması ile diğer ispat hukuku kurallarının ihlal edilmesi ve dava dosyasına aykırılık şeklinde ortaya çıkabilir⁹²⁷.

II. Dava Malzemesinin Oluşturulmasına İlişkin Hukuk Kurallarına Aykırılık

Hâkimin karar bakımından önemli olan vakıaları tespit ederken, dava malzemesinin (vakıaların ve delillerin) oluşturulmasına ilişkin hukuk kurallarını ihlal etmesi, vakıa tespitlerini hukuka aykırı hale getirir. Özellikle, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi ile re'sen araştırma ilkesinin (HMK m. 25), hukuki dinlenilme hakkının (HMK m. 27/2)⁹²⁸, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin (HMK m. 31/1)⁹²⁹ ve delil ikamesi kurallarının ihlali⁹³⁰, vakıa tespitlerinde hukuka aykırılığa neden olur.

⁹²⁷ Hemen belirtelim ki, bu hukuka aykırılık halleri arasındaki sınır katı değil, geçişkendir.

⁹²⁸ **Özekes, Muhammet**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. . 86 vd., 321, 322; **von Werdt**, s. 197 vd.; **Schultz, Michael**, Revisionsverfahren - Verfahrensgrundrechte und Wiederholungsgefahr, MDR 2003/24, s. 1395-1396; **Nassall**, Revision, Kn. 747.

⁹²⁹ **Karaaslan**, Aydınlatma Ödevi, s. 225 vd., 228, 230; **Nassall**, Revision, Kn. 747; **Rechberger/Simotta**, s. 645, dp. 237; **Fasching**, Lehrbuch, s. 948-949, Kn. 1911; **Neumayr, Matthias**, in: ZPO Taschenkommentar, Höllwerth, Johann/Ziehensack, Helmut (Hrsg.), 1. Aufl., 2019, § 503, Kn. 14; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E53.

⁹³⁰ **Yıldırım**, Hatalı Vakıa Tespitleri, s. 109; **MüKoZPO/Rimmelspacher**, § 520, Kn. 53-54; **Kralik**, Beweiswürdigung, s. 167.

Bu bağlamda vakıa tespitlerinde hukuka aykırılık; taraflarca ileri sürülen vakıaların veya delillerin hiç dikkate alınmaması⁹³¹ veya eksik bir şekilde dikkate alınması⁹³², kanuna aykırı olarak taraflarca ileri sürülmeleyen vakıaların⁹³³ veya delillerin dikkate alınması veya taraflardan birine hatırlatmada bulunulması⁹³⁴, çekişmesiz olan veya ikrar edilen veya ikrar edilmiş sayılan vakıaların⁹³⁵ çekişmeli olarak ya da çekişmeli olan vakıaların (yanlış bir yorumlama veya karşı tarafın iddiasının dikkate alınmaması sonucu) çekişmesiz olarak değerlendirilmesi⁹³⁶ neticesinde meydana gelebilir. Ayrıca, maruf ve meşhur (herkesçe bilinen) vakıalar göz önünde tutulmamışsa⁹³⁷ veya bir vakıa hatalı bir şekilde maruf ve meşhur vakıa olarak görülürse⁹³⁸ vakıa tespitinde hukuka aykırılık söz konusu olur. Yine, delil ikamesi taleplerinin kanuna aykırı bir şekilde göz ardı edilmesi veya reddedilmesi, re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu hallerde bu ilkeye rağmen vakıaların re'sen araştırılmaması veya dikkate alınmaması, hukuka aykırılık teşkil eder⁹³⁹. İlâveten, taraflarca ileri sürülen vakıalar veya deliller yanlış bir şekilde geç ileri sürülen dava malzemesi olarak nitelendirilip dikkate

⁹³¹ Yargıtay HGK, 22/03/2022 T., 2021/1651 E., 2022/358 K.; Yargıtay HGK, 15/12/2022 T., 2022/1028 E., 2022/1754 K.; Yargıtay HGK, 29/03/2022 T., 2022/283 E., 2022/410 K. : "...mahkemenin vakıayı tespit ederken kanuna aykırı davranmış olması, örneğin... dosyada bulunan bir delilin gözden kaçırılarak karar verilmiş olması ... ve bunun sonucunda da yanlış bir hukukî sonuca varması hâlinde pek tabi Yargıtay bu hatalı tespit ile bağlı olmayacak ve hatalı kararı denetleyecektir..."

⁹³² **MüKoZPO/Rimmelspacher**, § 520, Kn. 55; **Rimmelspacher**, Revisionsgründe, s. 62 vd.; **Gürdoğan**, Temyiz, s. 276-277; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 639; **Schultz**, s. 1395. Ayrıca, mahkemenin hukuken önemli durumlara ilişkin sunulan bir delili gerekçesiz olarak veya sözde (görünürde) sebeplerle kabul etmemesi de hukuka aykırılık teşkil eder (**Kralik**, Beweiswürdigung, s. 167; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E31/2).

⁹³³ Yargıtay HGK, 22/02/2022 T., 2021/849 E., 2022/167 K.; Yargıtay HGK, 15/12/2022 T., 2022/1028 E., 2022/1754 K.; Yargıtay HGK, 29/03/2022 T., 2022/283 E., 2022/410 K. : "...mahkemenin vakıayı tespit ederken kanuna aykırı davranmış olması, örneğin taraflarca ileri sürülmeleyen bir vakıanın re'sen dikkate alınarak hüküm verilmesi... ve bunun sonucunda da yanlış bir hukukî sonuca varması hâlinde pek tabi Yargıtay bu hatalı tespit ile bağlı olmayacak ve hatalı kararı denetleyecektir..."

⁹³⁴ **Gürdoğan**, Temyiz, s. 275-276; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 639; **Rixecker, Roland**, Fehlerquellen am Weg der Fehlerkontrolle - Rechtsprobleme des reformierten Berufungsrechts in Verkehrs- und Versicherungssachen, NJW 2004, s. 708-709

⁹³⁵ Hatalı bir şekilde bir vakıanın ikrar edilmiş olduğunun kabul edilmesi de hukuka aykırıdır. **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 496, Kn. 3.

⁹³⁶ **Stein/Jonas/Althammer**, § 529, Kn. 19; **Schwarz**, Berufung, s. 200; **Oberheim, Rainer**, Der Anwalt im Berufungsverfahren, Frankfurt am Main 2003, s. 168, Kn. 340; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s. 441, Kn. 12.42; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 30;

⁹³⁷ **Oberheim**, s. 168-169, Kn. 340-341.

⁹³⁸ **MüKoZPO/Krüger**, § 559, Kn. 14.

⁹³⁹ **Hurni**, s. 213, Kn. 740; **Seiler**, s. 207, Kn. 481; **von Werdt**, s. 214-215; **BSK BGG – Schott**, Art. 97, Kn. 18; **BSK BGG – Dormann**, Art. 105, Kn. 60; **Spühler/Vock**, s. 100; **BGG DIKE – Spühler**, Art. 97, Kn. 6.

alınmamışsa⁹⁴⁰ ya da sonradan ileri sürülmesi mümkün olan yeni vakıalar veya deliller haksız bir şekilde reddedilirse⁹⁴¹ hukuka aykırılık söz konusu olur.

Dava malzemesinin oluşturulmasında hâkimin aydınlatma ödevini yerine getirememesi de vakıa tespitlerinde hukuka aykırılığa neden olabilir⁹⁴². Bu bağlamda hâkimin aydınlatma ödevini gereği gibi yerine getirmeyerek, taraflarca ileri sürülen vakıalar zincirine dahil olup bu vakıaları tamamlayacak ve somutlaştıracak eksik vakıalara veya bazı vakıaların ispatı için gerekli gördüğü delillerin ibrazına işaret etmemesi, vakıa tespitlerinde hukuka aykırılık yaratır⁹⁴³. Yine, hâkimin, ispata muhtaç vakıayı hatalı bir şekilde hukuken yeterince iddia edilmemiş veya somutlaştırılmamış olarak addetmesi neticesinde delil ikamesini gerçekleştirmemesi⁹⁴⁴ veya somutlaştırılmamış beyanlar bakımından tarafa bunları somutlaştırma fırsatı vermeksizin bu beyanları dikkate almaması⁹⁴⁵ hukuka aykırılık teşkil eder.

III. Maddi Hukuka İlişkin Hatalı Bakış Açısı Nedeniyle Eksik Vakıa Tespiti

Alt derece mahkemesinin tespit edilen vakıalara göre hukuki bakış açısının yanlış olması eksik vakıa tespitlerine neden olabilir. Bu durumda, kanun yolu mahkemesinin görüşüne göre doğru bir maddi hukuk uygulaması için önemli olan ve dikkate alınması gereken vakıalar, alt derece mahkemesinin sahip olduğu hatalı maddi hukuk bakış açısı nedeniyle önemsiz görülmekte ve bu nedenle tespit edilmemektedir. Diğer bir ifadeyle, alt derece mahkemesinin hatalı hukuki bakış açısı nedeniyle önemsiz gördüğü için dikkate almadığı veya gerekli delil ikamesinde bulunmadığı ve tespit etmediği vakıalar, kanun yolu mahkemesinin doğru hukuki bakış açısına göre önemli ise, alt derece mahkemesi hukuka aykırı bir şekilde eksik vakıa

⁹⁴⁰ **Schultz**, s. 1396; **Oberheim**, s. 168-169, Kn. 340-341.

⁹⁴¹ **Schultz**, s. 1396.

⁹⁴² **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 289-290; **Karaaslan**, Aydınlatma Ödevi, s. 225, **Rimmelspacher**, Berufungsgründe, s. 1901; **Rimmelspacher**, Revisionsgründe, s. 68; **Roth**, Einzelfallgerechtigkeit, s. 175; **MüKoZPO/Krüger**, § 559, Kn. 14; **Nassall**, Revision, Kn. 747; **Fasching**, Lehrbuch, s. 948-949, Kn. 1911; **Holzhammer**, s. 325; **Rechberger/Simotta**, s. 621-622, Kn. 1090 ve s. 645, dp. 237; **Kodek/Mayr**, s. 322, Kn. 919; **Deixler-Hübner/Klicka**, Zivilverfahren, s. 221; **von Werdt**, s. 214-215; **BSK BGG – Schott**, Art. 97, Kn. 18; **BSK BGG – Dormann**, Art. 105, Kn. 60.

⁹⁴³ **Karaaslan**, Aydınlatma Ödevi, s. 226, 228, 230.

⁹⁴⁴ **Aşit, Recep**, İşe İade Davalarında Somutlaştırma Yükü, MÜHF-HAD, C. 23, S. 2, 2017, s. 451 vd.; **BK ZPO – Sterchi**, Art. 310, Kn. 12; **BSK ZPO – Spühler**, Art. 310, Kn. 10; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s. 441, Kn. 12.42; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 30; **BSK ZPO – Spühler**, Art. 310, Kn. 10.

⁹⁴⁵ **MüKoZPO/Rimmelspacher**, § 520, Kn. 55.

tespitinde bulunmuştur⁹⁴⁶. Bu ihtimalde, alt derece mahkemesinin hatalı hukuki bakış açısı hayat olayı resminin yanlış değerlendirilmesine yol açmakta ve önemli noktalarda gerçek hayat olayı resminden sapmaya sebebiyet vermektedir⁹⁴⁷. Bu da ilgili hukuk kuralının uygulanması için gerekli koşul vakıaları karşılayan somut vakıaların eksik tespit edilmesine neden olmaktadır⁹⁴⁸. Bu halde, asli ve birincil hata maddi hukuka aykırılık, tali ve ikincil hata usule aykırılıktır⁹⁴⁹. Çünkü buradaki usule aykırılık maddi hukukun hatalı değerlendirilmesinin bir sonucudur⁹⁵⁰.

Söz gelimi, alt derece mahkemesi, kararını davacının iddiasının dayanağı olan vakıalar içerisinden sözleşmeye dayandırmıştır ancak kanun yolu mahkemesinin bakış açısına göre olayda davacının alacağı sözleşmeden ziyade sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanabilir. Bu halde alt derece mahkemesinin sebepsiz zenginleşme kapsamında davalının zenginleşip zenginleşmediğini tespit etmemesi hatalı maddi hukuk bakış açısı nedeniyle eksik vakıa tespitine neden olur⁹⁵¹. Ya da örneğin, alt derece mahkemesinin, hatalı hukuki değerlendirmesi nedeniyle, tazminat miktarı veya tarafların sözleşme yapma iradesi hakkındaki delilleri ikame etmemesi, bu kapsamda bir usul hatası teşkil eder⁹⁵².

Öte taraftan ayrıca belirtmek gerekir ki, alt derece mahkemesinin, maddi hukuka ilişkin bakış açısı doğru olmakla beraber, ilgili maddi hukuk kuralının uygulanması için gerekli olan koşul vakıaları karşılayan somut vakıaları tam olarak tespit etmeden ilgili maddi hukuk kuralında öngörülen hukuki sonucu tayin etmesi maddi hukuka aykırılık teşkil eder. Örneğin,

⁹⁴⁶ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 142, Kn. 63; **Rimmelspacher**, Revisionsgründe, s. 62; **Fasching**, Lehrbuch, s. 896, Kn. 1774 ve s. 947, Kn. 1908; **Rechberger/Simotta**, s. 622, Kn. 1091 ve s. 645, Kn. 1118; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 496, Kn. 4; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 120-121; **Deixler-Hübner/Klicka**, Zivilverfahren, s. 221; **Fucik/Klauser/Kloiber**, ZPR, § 496, s. 499; **BSK BGG – Schott**, Art. 97, Kn. 19; **Meyer**, Bundesgericht, s. 857, Kn. 5.4.4; **Schwander, Daniel**, Die Sachverhaltsrüge vor Bundesgericht unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen ZPO, in: Haftpflichtprozess 2012 Rechtsmittel nach neuer ZPO und BGG, Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Zürich Basel-Genf 2012, s. 116.

⁹⁴⁷ **Rimmelspacher**, Revisionsgründe, s. 46-47.

⁹⁴⁸ **Fasching**, Lehrbuch, s. 947, Kn. 1908; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 197; **Schwander**, s. 116; **BSK BGG – Schott**, Art. 97, Kn. 19; **Meyer**, Bundesgericht, s. 857, Kn. 5.4.4; RIS-Justiz RS0043327; BGE 141 II 14, 24 (E.1.6).

⁹⁴⁹ **Rimmelspacher**, Revisionsgründe, s. 46-47; **Fasching**, Lehrbuch, s. 896, Kn. 1774; **Rechberger/Simotta**, s. 622, Kn. 1091; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 496, Kn. 4; **Kodek/Mayr**, s. 325, Kn. 929; **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 159-160; **Fucik/Klauser/Kloiber**, ZPR, § 496, s. 499.

⁹⁵⁰ **Kodek/Mayr**, s. 322, Kn. 920; **Pimmer**, in: Fasching/Konecny, § 496, Kn. 49.

⁹⁵¹ **Fasching**, Lehrbuch, s. 896-897, Kn. 1774.

⁹⁵² **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 496, Kn. 4.

haksız fiile dayanan bir tazminat talebi üzerine mahkemenin haksız fiili gerçekleştiren kişinin kusurlu olduğunu ortaya koyan vakıaları tespit etmeden TBK m. 49/1 uyarınca tazminata karar vermesi, maddi hukuka aykırıdır⁹⁵³.

IV. Delillerin Değerlendirilmesinde Hukuki Hata ve Diğer İspat Hukuku Kurallarına Aykırılık

Hâkimin vakıa tespitlerini gerçekleştirmek için yaptığı delil değerlendirmesi fiili mesele olmakla birlikte, değerlendirmenin kendisi hukuk kurallarına tabidir ve deliller değerlendirirken hukuki hata yapabilir⁹⁵⁴. Ayrıca, vakıa tespiti ve delillerin değerlendirilmesi sırasında uyulması gereken diğer ispat hukuku kurallarının ihlal edilmesi de hukuka aykırı vakıa tespitlerine neden olabilir⁹⁵⁵.

HMK m. 198/1 uyarınca hâkim, kanuni istisnalar dışında delilleri serbestçe değerlendirir. Kesin delil⁹⁵⁶ sayılan senet, kesin hüküm ve yeminin varlığı halinde, hâkim, kural olarak, bu delillerle bağlı olup, kanunda öngörülen hukuki sonuca göre hareket etmek zorundadır. Buna aykırılık ilgili usul kurallarının ihlali anlamına geleceğinden hukuka aykırılık teşkil eder⁹⁵⁷. Öte yandan, taraflar, ispat hakkının kullanımını imkansız kılmayan veya fevkalade güçleştirmeyen delil sözleşmesi yaparak, belli vakıaların kendi aralarında kararlaştırılan delil (ler) ile ispat edileceği hususunda anlaşabilirler (HMK m. 193). Bu nitelikli bir delil sözleşmenin mahkemeye sunulmasına rağmen, hâkimin bunu göz ardı ederek yapmış olduğu vakıa tespitleri hukuka aykırıdır⁹⁵⁸.

⁹⁵³ **Kuru**, HMK El Kitabı, C. 2, s. 1397; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz**, s. 642; **Yavaş**, Mihbir, s. 258.

⁹⁵⁴ **Gürdoğan**, Temyiz, s. 277-278; **Yıldırım**, Hatalı Vakıa Tespitleri, s. 118; **Pekcanitez**, Denetim, s. 230; **Öztek**, Şerh, s. 649 vd. **Bulut**, Temyiz, s. 286 vd.; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 19; **MüKoZPO/Prütting**, § 286, Kn. 23; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 15; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 34; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 24; **Haspl**, s. 20.

⁹⁵⁵ **Yıldırım**, Hatalı Vakıa Tespitleri, s. 118 vd.; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s. 432, Kn. 12.23; **BSK BGG – Dormann**, Art. 105, Kn. 35c; **Nassall**, Revision, Kn. 747 vd.; **von Werdt**, s. 214-215; **BSK BGG – Schott**, Art. 97, Kn. 18; **BSK BGG – Dormann**, Art. 105, Kn. 60; **SHK BGG – Seiler**, Art. 97, Kn. 10-11; **Spühler/Vock**, s. 100; **BGG DIKE – Spühler**, Art. 97, Kn. 6; **Messmer/Imboden**, s. 140-145; **Meyer-Seitz**, in: Hannich/ Meyer-Seitz, § 529, Kn. 21; **Rimmelspacher**, Berufungsgründe, s. 1901.

⁹⁵⁶ İkrarın hukuki niteliği tartışmalıdır. Öğretideki bir görüşe göre ikrar kesin delil teşkil eder (**Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 636; **Kuru**, C. 2, s. 2032; **Karşı**, Medeni Muhakeme, s. 537). Diğer bir görüş, ikrar vakıayı çekişmesiz hale getirdiği için ve ikrar edilen vakıaların ispatı gerekmediğinden buna karşı çıkmaktadır (**Bilge/Önen**, s. 512; **Atalay**, Pekcanitez Usul, s. 1635; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 469). Bu hususta detaylı olarak bkz. **Kiraz**, **Taylan Özgür**, Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara 2013, s. 64 vd.

⁹⁵⁷ **Gürdoğan**, Temyiz s. 278; **Gürdoğan**, Takdir Hakkı, s. 39; **Sivrihisarlı**, s. 113; **Akil**, İstinaf, s. 217; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 639; **Öztek**, Şerh, s. 650; **Bulut**, Temyiz, s. 352-353.

⁹⁵⁸ **Gürdoğan**, Temyiz, s. 277; **Aşit**, Delil Sözleşmeleri, s. 140 vd.; **Öztek**, Şerh, s. 650.

Kesin delillerin dışında, hâkim delilleri serbestçe değerlendirir. Kuşkusuz bu serbestlik, delillerin keyfi bir şekilde değerlendirilebileceği anlamına gelmez⁹⁵⁹. Diğer hukuk kurallarında olduğu gibi, delillerin değerlendirilmesine ilişkin hükmün (HMK m. 198/1; AMUK m. 286) ruhu ve amacına göre yorumlanıp uygulanması gerekir⁹⁶⁰. Bu bağlamda, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, delillerin değerlendirilmesinde düşün (mantık) kanunlarının⁹⁶¹, tecrübe kurallarının ve doğa kanunlarının ihlal edilmesi, delillerin değerlendirilmesine ilişkin kanun hükmünün ihlali anlamına gelir⁹⁶². Ayrıca, delil ikamesi sonuçlarının kapsamlı ve çelişkisiz bir şekilde ele alınıp alınmadığı⁹⁶³, delil değerlendirmesinin temel dayanaklarının genel formüller şeklinde (pratik kesinlik gibi- *lebenspraktische Gewissheit*) değil, somut vakıyyla ilgili bir şekilde sunulup sunulmadığı⁹⁶⁴, bir vakıanın veya delilin göz ardı edilip edilmediği⁹⁶⁵, delillerin âdil bir şekilde ele alınıp alınmadığı⁹⁶⁶ (özellikle tarafların, tanık beyanları, bilirkişi raporu ve keşif sonucu hakkında yorumda bulunma imkanına sahip olup olmadığı⁹⁶⁷, somut delil bulunmaması durumunda silahların eşitliği ilkesine uyulup uyulmadığı, delil değerlendirmesinde sadece karara dahil olan tüm hâkimlerin algısına dayanan veya dava dosyasına usulüne uygun bir şekilde giren ve tarafların açıklama imkanı buldukları hususların

⁹⁵⁹ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 126.

⁹⁶⁰ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 189.

⁹⁶¹ Türk hukukunda genel olarak maddeten mümkün olmayan ve mantık kurallarına aykırı vakıa tespitlerinin hukuka aykırı olduğu ifade edilmektedir. Bilge/Önen, s. 654; Gürdoğan, Temyiz, s. 278-279; Özbek, Şerh, s. 652; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 639.

⁹⁶² Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 24; Uhl, s. 31; Haspl, s. 20-21; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 19; MüKoZPO/Prütting, § 286, Kn. 23; Wieczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 34. Yukarıda detaylı olarak bkz. § 4/III/İ.

⁹⁶³ Mahkemenin delillerin değerlendirilmesine ilişkin yapmış olduğu gerekçelendirme mantıksız olacak ölçüde ciddi çelişkiler içeriyorsa, bu aynı zamanda anayasal anlamda keyfi karar verme yasağını ve adil yargılanma hakkını ihlal eder (Zöller/Heßler, § 546, Kn. 13; Geipel, s. 1502, Kn. 104; Yavaş, Temyiz, s. 82; Bulut, Temyiz, s. 355, dp. 406). Delil ikamesi sonuçlarının çelişkili bir şekilde ele alınması, örneğin bir ifadenin gerekçesiz olarak karşısına tercih edilmesi, delillere göre açık olan olası bir olay akışının göz ardı edilmesi veya olayların varsayılan akışının doğa kanunlarına göre imkansız olması durumunda söz konusu olabilir (Riehm, Abwägungsentscheidungen, s. 184).

⁹⁶⁴ MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 15; Stein/Jonas/Jacobs, § 545, Kn. 24; Geipel, s. 1504, Kn. 108.

⁹⁶⁵ Gottwald, Revisionsinstanz, s. 150-151; Wieczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 34; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 15; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 24.

⁹⁶⁶ Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 25; Wieczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 34; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 15.

⁹⁶⁷ AYM- İsmail Ediş, 31/12/2014 T., B. No: 2012/354, § 37 : “Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme yetkisi kural olarak derece mahkemelerine ait olmakla birlikte, somut olayda dosyaya ibraz edilen ancak, taraflarca içeriğine vakıf olunması ve tartışılması imkânı verilmediği gibi, delil içeriğinin açıklığa kavuşturulması amacıyla gerekli incelemelere tabi tutulmadığı anlaşılan CD’lerin hükme esas alınmasının, adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğu anlaşılmaktadır.”.

dikkate alınabileceği yönünde doğrudanlık ilkesine uyulup uyulmadığı⁹⁶⁸) hukuka aykırılık kapsamında denetlenebilir⁹⁶⁹.

İlaveten, hukuken caiz olmayan bir delilin kullanılıp kullanılmadığı⁹⁷⁰, delillerin kanuni bir sebep olmaksızın kabul edilip edilmediği (HMK m. 371/1-c) ve değerlendirilemeyecek delillerin değerlendirip değerlendirmedeği (HMK m. 189/2) hukuki mesele teşkil eder. Söz gelimi hâkim, senetle ispatı gereken bir hukuki işlemi karşı tarafın rızası aranmaksızın caiz olmayan tanık deliline dayalı olarak ispat edilmiş olarak kabul ederse⁹⁷¹ veya kesin delillerle ispatı gerekmeyen bir vakıa hakkında tarafın sunduğu tanık delilini yanlış bir değerlendirme sonucu caiz olmayan bir delil olarak kabul edip dikkate almazsa⁹⁷² ya da hukuka aykırı yöntemlerle oluşturulan bir delile dayanarak vakıayı gerçekleşmiş sayarsa, vakıa tespitlerinde hukuka aykırılık söz konusu olur.

İspat yükü, ispat yükünün dağılımı, ispat ölçüsü meseleleri her zaman hukuki mesele teşkil eder⁹⁷³. Dolayısıyla, ispat yükünün hatalı değerlendirilmesi⁹⁷⁴ veya yanlış ispat ölçüsünün esas alınması⁹⁷⁵ nedeniyle vakıaların hatalı veya eksik tespit edilmesi, vakıa tespitinde hukuka aykırılık kapsamındadır. Yine soyut olarak bir delilin elverişliliğinin değerlendirilmesi bir delil değerlendirmesi değildir ve hukuka aykırılık denetimine tabidir⁹⁷⁶.

⁹⁶⁸ **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 15.

⁹⁶⁹ **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 24-25; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 15; **Geipel**, s. 1505 vd.

⁹⁷⁰ **Riehm**, Abwägungsentscheidungen, s. 183.

⁹⁷¹ **Yavaş**, Senetle İspat, s. 136 vd.; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 639.

⁹⁷² **Kuru**, C. 5, s. 4542; **Yavaş**, Temyiz, s. 92.

⁹⁷³ **Atalay**, Menfi Vakıalar, s. 37, 39; **Guldener**, s. 479; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 9; **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 30; **BSK BGG – Dormann**, Art. 105, Kn. 35c; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 498, Kn. 2; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 498, E85; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 19; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 25; **Riehm**, Abwägungsentscheidungen, s. 185; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 8, 13; **Haspl**, s. 20-21.

⁹⁷⁴ **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 639; **Pekcanitez**, Denetim, s. 230; **MüKoZPO/Rimmelspacher**, § 520, Kn. 55; **Doukoff**, s. 143, Kn. 20; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s. 441, Kn. 12.42; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 30; **BSK ZPO – Spühler**, Art. 310, Kn. 10; **von Werdt**, s. 214-215; **BSK BGG – Schott**, Art. 97, Kn. 18; **BSK BGG – Dormann**, Art. 105, Kn. 60; **Hurni**, s. 213, Kn. 740.

⁹⁷⁵ **Öztek**, Şerh, s. 651; **Pekcanitez**, Denetim, s. 230; **MüKoZPO/Rimmelspacher**, § 520, Kn. 57; **Meyer-Seitz**, in: Hannich/Meyer-Seitz, § 529, Kn. 21-22.

⁹⁷⁶ **Fasching**, Lehrbuch, s. 948, Kn. 1910; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 154; **Öztek**, Şerh, s. 649; **Pekcanitez**, Denetim, s. 230. Yargıtay 8. HD, 27/3/2018 T., 2017/17030 E., 2018/10011 K.: “...Davacı 3. kişinin dayandığı, borcun doğumundan sonraki tarihleri taşıyan faturalar ve borcun doğumundan sonra tanzim edilen adi nitelikteki kira sözleşmesi ve vergi levhası ; istihkak davalarında güçlü delil teşkil etmezler ve mülkiyet karinesinin aksini ispata yeterli değildir...”.

Kanunda açıkça belli vakıalar bakımından bilirkişiye başvuru zorunluluğu öngörüldüğü hallerde (örneğin, TMK m. 40; TMK m. 165; TMK m. 409; TBK m. 224; TTK 343), hâkimin bunu dikkate almayarak yaptığı vakıa tespitleri, hukuka aykırılığa dayanan vakıa tespitleri kapsamında yer alır. Bu gibi haller dışında, hâkim, çözümü özel veya teknik bilgi gerektiren hallerde bilirkişiye başvurur (HMK m. 266/1). Öğretideki bir görüşe göre, kanunla bilirkişiye başvuru zorunluluğunun açıkça düzenlendiği hâller dışında, çözümü hukuk dışında özel veya teknik bilgi gerektiren bir husus hakkında bilirkişiye başvurulup başvurulamayacağını takdir etme yetkisi mahkemeye aittir⁹⁷⁷. Diğer bir görüşe göre, çözümü özel veya teknik bilgi gerektiren konularda, hâkim bilirkişiye müracaat etmek zorundadır. Hâkimin takdir yetkisi, sadece somut uyuşmazlık açısından önüne gelen meselenin özel veya teknik bilgi gerektirip gerektirmediği noktasındadır⁹⁷⁸. Kanaatimizce, bir meselenin özel veya teknik bilgi gerektirip gerektirmediği konusunda hâkimin takdir yetkisi mevcut değildir. Kanunda kullanılan “özel veya teknik bilgi” kavramı belirsiz hukuk kavramıdır. Bir meselenin özel veya teknik bilgi gerektirip gerektirmediği sorusunun hukuken tek bir doğru cevabı vardır; yoksa hukuki sonucu tayin bakımından öngörülen takdir yetkisinde olduğu gibi hukuken eşit derecede birden fazla doğru cevap yoktur⁹⁷⁹. Somut meselenin özel veya teknik bir bilgi gerektirip gerektirmediği hususunda yapılan hatalı yorum ve uygulama hukuka aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla da istinaf ve temyiz kanun yolunda, bir meselenin özel veya teknik bir bilgi gerektirip gerektirmediği hususu hukuka aykırılık kapsamında denetlenebilir⁹⁸⁰. Takdir yetkisi sadece hukuki sonucu tayin bakımından, yani bilirkişiye başvurulup başvurulmayacağı noktasında söz konusu olabilir. Ancak, HMK m. 266/1’e göre, hâkim, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgi gerektiren hâllerde kendiliğinden “bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir”. Bu ifade karşısında bu konuda hâkimin takdir yetkisinin bulunduğu söylemek güçtür⁹⁸¹. Ayrıca,

⁹⁷⁷ Kuru, C. 3, s. 2631; Tanrıver, Usul C.1, s. 987; Kuru/Aydın, s. 314; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 447.

⁹⁷⁸ Erdoğan, Ersin/Üçüncü, S. Hilal, Bilirkişilik Kurumu Ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar, HHFD, C. 10, S. 1, 2020, s. 369-370. Ayrıca bkz. Toraman, s. 311-312.

⁹⁷⁹ Belirsiz hukuk kavramlarının ve takdir yetkisinin kanun yolu yargılamasında hukuka aykırılık kapsamında denetimi için bkz. yuk. § 6/III/D-E.

⁹⁸⁰ Uygulamada Yargıtay’ın özellikle tıbbi konular, kusur oranının tespiti, hesap uzmanlığı gerektiren haller, hasar miktarının tespiti, yazı ve imza incelemesi, taşınmazın kıymeti ve kira takdirleri (bu örnekler için bkz. Kuru, C. 3, s. 2625 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldım, s. 360-361; Toraman, s. 312 vd.) gibi konularda bilirkişi incelemesi yapılması gerektiğine yönelik kararları, “özel veya teknik bilgi” belirsiz hukuk kavramının somutlaştırılmasından ibarettir.

⁹⁸¹ Erdoğan/Üçüncü, s. 370.

hâkimin genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olmayan ve özel veya teknik bilgiyi gerektiren meseleler bakımından bilirkişiye başvurusu gerekliliği işin doğasından (*Natur der Sache*) kaynaklanmaktadır⁹⁸². Bu çerçevede, tespiti özel veya teknik bir bilgi gerektiren vakıalar hakkında bilirkişiye başvurulmadan yapılan vakıa tespitleri, hukuka aykırılığa dayanan vakıa tespitleri kapsamında yer alır. Hâkim, bilirkişi raporunu diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir (HMK m. 282/1). HMK m. 282/1 hükmü, HMK m. 198’de düzenlenen delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin özel halidir⁹⁸³. Dolayısıyla delillerin serbestçe değerlendirilmesi kapsamında söz konusu olan hukuki hatalar, bilirkişi raporunun değerlendirilmesi bakımından da geçerlidir. Bu bağlamda söz gelimi, bilirkişi raporunun çelişkili, eksik veya yerleşik güncel bilimsel verilere veya düşün (mantık) veya doğa kanunlarına aykırı olması HMK m. 282/1 ve HMK m. 198 hükmünün ihlali anlamına gelir⁹⁸⁴. Ayrıca, mahkemenin herhangi bir neden göstermeksizin bilirkişi raporundan sapması^{985/986} ya da mahkemece atanan birden fazla

⁹⁸² Hâkimin, bilirkişi tarafından çözümlenmesi gereken bir uyuşmazlık konusu hakkında kendi uzmanlığına ve yetkinliğine dayanarak karar verip veremeyeceği tartışmalıdır. Bu hususta mukayeseli hukukun aksine Türk hukukundaki genel yaklaşım olumsuz yöndedir. Bu noktada mukayeseli hukuktan farklı olarak hukukumuzda mahkemelerde görev yapan hâkimlerin tümü hukuk mesleğinden olması ve meslek dışı hâkimin mahkeme heyetinde yer almasının mevcut düzenlemeler bakımından mümkün olmaması önem arz etmektedir (Bu konuda detaylı olarak bkz. **Yıldırım, M. Kamil**, Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu, Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 836 vd.; **Atah, Murat**, Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında Dava Dışında Edindiği (Şahsî) Bilgisini Kullanması, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, 2009, s. 139 vd.; **Umar, Şerh**, s. 798; **Erdoğan/Üçüncü**, s. 368-370; **Toraman**, s. 302-304). Ancak tartışmalı olmayan husus, hâkimin kendi uzmanlığını kullanmak istemesi durumunda, bunu taraflara açıklaması ve kararında kapsamlı bir şekilde gerekçelendirmesi gerektiğidir. Aksi takdirde bir hukuki hata söz konusu olur (**Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldım**, s. 361; **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 10; **Hk-ZPO/Koch**, § 546, Kn. 16; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 19; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 24; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 11; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 15; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 34).

⁹⁸³ **Tanrıver**, Usul C.1, s. 1057-1058; **Yıldırım**, Bilirkişi, s. 839.

⁹⁸⁴ **Yıldırım**, Bilirkişi, s. 839; **MüKoZPO/Rimmelspacher**, § 520, Kn. 57; **Prütting/Gehrlein/Oberheim**, ZPO, § 529, Kn. 13; **Zöller/Heßler**, § 529, Kn. 9; **Musielak/Voit/Ball**, § 529, Kn. 18.

⁹⁸⁵ **Tanrıver**, Usul C.1, s. 1058-1059; **Yıldırım**, Bilirkişi, s. 839-840.

⁹⁸⁶ Hâkimin bilirkişi raporu ile özel veya teknik bilgiye ulaştıktan sonra gerekçelerini ortaya koymak suretiyle rapora aykırı karar verip veremeyeceği konusunda öğretisi ve uygulamada yeknesak bir yaklaşım mevcut değildir (Bu konuda detaylı olarak bkz. **Yıldırım**, Bilirkişi, s. 839-840; **Tanrıver**, Usul C.1, s. 1058). Yargıtay, genel olarak, özel ve teknik bilgilerden hareketle, hâkimin yanlış olduğu kanaatine ulaşmış olsa bile dayanaklarını belirterek bilirkişi raporundan sapamayacağını, ya aynı bilirkişiden ek rapor almak ya da yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmak zorunda olduğunu belirtmektedir. Örneğin, Yargıtay 11. HD, 02/04/2012 T., 2010/14772 E., 2012/5178 K.: “...Her ne kadar karar tarihinde yürürlükte bulunan HUMK.nun 275 vd. maddelerinde hâkimin bilirkişi raporuyla bağlı olmadığı belirtilmiş ise de, bu hâkimin raporu serbestçe takdir edebileceği anlamındadır. Aksine, özel ve teknik bilgiyi gerekli kılan bir hususta bilirkişi incelemesi yaptırılması cihetine gidildikten sonra, hâkimin raporun aksine karar vermesi mümkün değildir. Bu itibarla, mahkemece aralarında sigorta konusunda uzman meslekten bir bilirkişiyle elektrik mühendisinin yer aldığı bir bilirkişi kurulundan yeni bir rapor alınıp neticesine göre karar vermek gerekirken bu hususlar nazara alınmadan yazılı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir...” . Aynı yönde bkz.

bilirkişinin görüşlerinin çelişkili olması veya taraflardan birinin mahkemece atanan bilirkişinin bulgularıyla çelişen bir uzman görüşü sunması durumunda mahkemenin herhangi bir açık ve mantıklı gerekçelendirme yapmaksızın uzmanlardan birini tercih ederek uyuşmazlık hakkında karar vermesi, hukuka aykırılık teşkil eder⁹⁸⁷. Yine hâkimin, çelişkili bilirkişi raporlarına karşı yapılan itirazları yeterli ve makul bir şekilde değerlendirmemesi⁹⁸⁸ veya farklı bilirkişi raporları arasındaki çelişkileri gidermemesi hukuka aykırıdır⁹⁸⁹. Buna karşılık, mahkemenin, savunulabilir/makul nedenlerle ve gerekçeli olarak birbiriyle çelişen iki bilirkişi raporundan birine dayanması mümkündür⁹⁹⁰. Hâkim, kural olarak, bilirkişi seçimi konusunda takdir yetkisine sahiptir. Ancak, hâkimin yanlış uzmanlık alanından bir bilirkişiyi seçmesi, takdir yetkisinin hukuka aykırı bir şekilde kullanılması anlamına gelir^{991/992}. Ayrıca, belli bir tanığın veya tarafının beyanının gerçek olup olmadığına yönelik değerlendirme yetkisinin bilirkişiye devredilmesi hukuka aykırılık teşkil eder⁹⁹³.

Yargıtay 23. HD, 01/11/2012 T., 2012/5296 E., 2012/6365 K. Yargıtay'ın bu uygulaması öğretideki baskın görüş tarafından eleştirilmektedir. Bkz. **Kuru**, C. 3, s. 2770; **Tanriver**, Usul C.1, s. 1058.

⁹⁸⁷ **Hk-ZPO/Koch**, § 546, Kn. 16; **Geipel**, s. 1506, Kn. 113; **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 10; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 11; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 15.

⁹⁸⁸ AYM- *Hasan Rahmi Özgenç*, 16/12/2015 T., B. No: 2013/2418, § 50: “Buna göre özellikle çözümü hukuk dışında özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda Mahkemece -alınan bilirkişi raporu yeterli şekilde açıklığa kavuşturulmamış ve başvurucunun bu yöndeki iddia ve delilleri yeterince değerlendirilmemiş ise- silahların eşitliği ilkesi kapsamında delilleri inceletme hususunda uygun imkânların sağlandığından bahsedilemeyecektir. Sunulan delillere karşı davanın taraflarına etkili şekilde itiraz etme imkânı sunulmalıdır.”.

⁹⁸⁹ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 367; **MüKoZPO/Rimmelspacher**, § 520, Kn. 57. Yargıtay 23. HD, 21/05/2012 T., 2012/2129 E., 2012/3485 K.: “...birbiriyle çelişen bilirkişi raporlarının aralarındaki çelişki giderilmeden ve birbirine üstünlüğü tartışılmadan ikinci bilirkişi raporuna itibarla yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır...”.

⁹⁹⁰ **Kuru**, C. 3, s. 2780 vd.; **Tanriver**, Usul C.1, s. 1057-1058; **BSK BGG – Schott**, Art. 97, Kn. 11; BGE 132 V 393, 399 (E.4.1). Aksi yönde olan Yargıtay’a göre, birbiriyle çelişkili iki rapor bulunması halinde yeni bilirkişiye gidilmesi gerekir. Yargıtay 3. HD, 06/05/2014 T., 2014/7424 E., 2014/6916 K.: “...Somut olayda; bilirkişi raporları arasında açık çelişki bulunmakta olup, mahkemece bu çelişki giderilmeden hüküm tesis edilmiştir. Öyle ise mahkemece, konusunda uzman 3 kişilik bilirkişi heyetinden rapor alınıp, önceki raporlar arasındaki çelişki de giderilerek, avukat bilirkişinin de bu konuda ehil olmadığı gözetilerek, yapılacak yargılama neticesinde hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanılıklı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir...”.

⁹⁹¹ **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 11; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 546, Kn. 10; **Pekcanitez**, Denetim, s. 230.

⁹⁹² Mahkemenin vakıa tespitini dayandırdığı bilirkişi raporunu hazırlayan bilirkişi hakkında yasaklılık sebepleri mevcutsa, bu rapora dayanılarak yapılan vakıa tespitlerinde de hukuka aykırılık söz konusu olur. **Reetz, Peter/Zanetti, Nadine**, Rügepflicht im Rechtsmittelverfahren – prozessuale Konsequenzen, in: Haftpflichtprozess 2018 Haftung der Eltern gegenüber ihren Kindern, Staatshaftung für Polizeieinsätze, Haftung für die Verletzung der Meldepflicht nach Art. 397a OR, Anscheinsbeweis, Rügepflicht im Rechtsmittelverfahren, Schadenfälle in Europa und Streitverkündung, Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2018, s. 74.

⁹⁹³ **Yıldırım**, Hatalı Vakıa Tespitleri, s. 117.

Tanık delili hâkim tarafından serbestçe değerlendirilir (HMK m. 198). Bununla beraber, tanık delillinin değerlendirilmesi sırasında da hukuki hatalar yapılabilir. Bu bağlamda söz gelimi, taraflara tanıklığın doğruluğunu şüpheyi düşürecek hususları iddia ve ispat imkanının sağlanmaması (HMK m. 255/1), karara esas alınan tanığın çelişkili beyanlarının karar verilmeden önce açıklığa kavuşturulmaması, tanık ifadelerinin değerlendirilmesine ilişkin taraf beyanlarının dikkate alınmaması⁹⁹⁴ veya salt akrabalık veya başka bir yakınlık ilişkisi nedeniyle tanık beyanlarının dikkate alınmaması veya tanık beyanının değerinin düşürülmesi⁹⁹⁵ nedeniyle eksik veya hatalı bir şekilde gerçekleştirilen vakıa tespitleri, hukuka aykırılık teşkil eder. Hâkim, her bir tanığın beyanına neden itibar edip etmediğini⁹⁹⁶ veya bir tanığın beyanına diğerine göre neden üstünlük tanıdığını⁹⁹⁷ gerekçeli bir şekilde belirtmelidir. Dolayısıyla tanık beyanı nesnel bir neden belirtmeksizin veya sözde (görünürde) bir neden göstererek dikkate alınmamışsa (örneğin, tanık beyanına hiç değinilmemişse veya sadece “ikna edici olmama” gibi ifadelerle tanık beyanının dikkate alınmadığı belirtilmişse) ve/veya tanık beyanları nesnel bir neden belirtmeksizin dikkate alınmışsa (örneğin hiçbir neden belirtmeden veya sadece “beyanlar inandırıcıdır” şeklinde bir gerekçe ile tanık beyanını dikkate alınmışsa)⁹⁹⁸, hukuka aykırılık söz konusu olur. Ayrıca, mahkemenin tanıklıktan çekinme hakkı olan tanığa bu hakkını hatırlatmadan ve onun bu hatırlatma üzerine ifade vermeye ilişkin rızasını almadan, onun beyanına dayandırarak yapmış olduğu vakıa tespitleri, bir hukuka aykırılığa dayanan vakıa tespitleridir⁹⁹⁹. İlâveten, tanığın yemin etmesinin gerekip gerekmediği ve yeminli olup olmadığı da hukuka aykırılık denetimine tabidir¹⁰⁰⁰.

Öte yandan, istinaf mahkemesi, kural olarak, ilk derece mahkemesi tarafından hukuken önemli vakıaları tespit etmek için doğrudan ikame ettiği delilleri yenilemeden veya ilk derecedeki delil ikamesine ilişkin tutanakları dikkate almadan ilk derecedeki vakıa tespitlerden saparsa yahut bu tespitleri delil ikamesini yenilemeden tamamlarsa usule aykırı karar vermiş

⁹⁹⁴ **MüKoZPO/Rimmelspacher**, § 520, Kn. 57.

⁹⁹⁵ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 357; **Tanrıver**, Usul C.1, s. 971; **Ertanhan, Mesut**, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005, s. 311; **Meriç, Nedim**, Türk ve Alman Hukukunda Tanık İfadesinin Değerlendirilmesi, MİHDER, 2005/1, s. 113. Yargıtay HGK 07/02/2019 T., 2017/1287 E., 2019/90 K.

⁹⁹⁶ **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 81-82; **Ertanhan**, s. 392-393; **Meriç**, s. 102-103.

⁹⁹⁷ **Atalay**, Pekcanitez Usul, s. 1910.

⁹⁹⁸ **Reetz/Zanetti**, s. 73; **Schwander**, s. 118.

⁹⁹⁹ **Reetz/Zanetti**, s. 74.

¹⁰⁰⁰ **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 34; **MüKoZPO/Prütting**, § 286, Kn. 23; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 24.

olur¹⁰⁰¹. Dolayısıyla istinaf mahkemesi, bir tanığın inandırıcılığını, taraflarca veya tanıklarca verilen bir ifadeyi¹⁰⁰², bilirkişi raporunu veya keşif tutanağındaki sonucu ilk derece mahkemesinden farklı şekilde değerlendirmek isterse delil ikamesini tekrarlamalıdır. Aksi durum usule ve hukuka aykırılık teşkil eder¹⁰⁰³. Ayrıca, istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin delil değerlendirmesine karşı yapılan itirazı hiç dikkate almazsa veya bu itiraz ile ilk derece mahkemesinin delil değerlendirmesi hakkında anlaşılabilir bir değerlendirme yapmayacak ölçüde ilgilendiyse, istinaf yargılaması bakımından usule aykırılık söz konusu olur¹⁰⁰⁴.

Alt derece mahkemesinin caiz olmayan bir şekilde henüz ikame olunmamış deliller hakkında önceden yapmış olduğu delil değerlendirmesi (*vorgreifende Beweiswürdigung*) nedeniyle delil ikame talebini reddetmesi de hukuka aykırıdır. Örneğin, tarafın ileri sürdüğü vakıa iddiasını ispatlayabilecek bir tanık, aradan uzun zaman geçmesi nedeniyle olayı hatırlayamayacağı ve beyanlarının da inandırıcı olmayacağı düşünülerek dinlenmemişse, hukuka aykırılık söz konusu olur¹⁰⁰⁵.

Hâkim, delil değerlendirmesini gerekçeli bir şekilde yapmak ve bunu kararında ortaya koymak zorundadır. Bu bağlamda yapılacak gerekçelendirmede olaya uygun bir değerlendirme yapılmalıdır. Hâkimin bir vakıa iddiasının doğruluğuna ikna olduğunu veya inanmadığını sadece kalıplaşmış-boş ifadelerle ortaya koyması yeterli değildir. Kanaatin oluşumuna ilişkin temel dayanakların somut davanın özel koşullarına atıfta bulunularak, tam, çelişkisiz ve

¹⁰⁰¹ **Akkaya**, İstinaf, s. 269-270; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E28/2; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 11.

¹⁰⁰² **Nassall, Wendt**, Die Grenzen des Ermessens des Berufungsgericht bei Anordnung der Wiederholung einer erstinstanzlichen Zeugenvernehmung, ZJP 98 (1985), s. 314, 323, 324; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 12; **Geipel**, s. 1506, Kn. 114; **Haspl**, s. 21; **Yıldırım**, Hatalı Vakıa Tespitleri, s. 118; **Akkaya**, İstinaf, s. 270.

¹⁰⁰³ **Prütting/Gehrlein/Oberheim**, ZPO, § 529, Kn. 13; **Musielak/Voit/Ball**, § 529, Kn. 13-16; **Zöller/Heßler**, § 529, Kn. 2-8; **Wieczorek/Schütze/Gerken**, § 529, Kn. 22-38; **Stein/Jonas/Althammer**, § 529, Kn. 19-26; **Akkaya**, İstinaf, s. 269-270.

¹⁰⁰⁴ **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 11; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 145; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E31/1 ve E82/1; **Fucik/Klauser/Kloiber**, ZPR, § 496, s. 513; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 15.

¹⁰⁰⁵ **Yıldırım**, Hatalı Vakıa Tespitleri, s. 117; **Delle-Karth**, s. 12 vd.; **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 76 vd.; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 471, Kn. 6. Yargıtay HGK, 04/04/2018 T., 2017/1575 E., 2018/672 K.: "...davacı baba dava dilekçesinde tanık deliline dayanmasına karşın mahkemece davacı tarafa tanıklarını bildirmesi için gerekli imkân tanınmadan, hukuki dinlenilme hakkına aykırı olacak şekilde karar verilmesi hatalı olduğu gibi..."

anlaşılır bir şekilde sunulması gerekir¹⁰⁰⁶. Bu gerçekleştirilmediği takdirde, bir hukuki hata söz konusu olur¹⁰⁰⁷.

Son olarak belirtmek gerekir ki, delillerin değerlendirilmesinde ve vakıa tespitlerinde yapılan her hata veya eksiklik hukuka aykırılık teşkil etmez. Yalnızca bir hukuk kuralının hiç uygulanmamasına veya yanlış yorumuna ve uygulanmasına dayanan hatalı veya eksik vakıa tespitleri, hukuka aykırı vakıa tespitleri kapsamında yer alır. Yukarıda, (bu kapsamda söz konusu olabilecek hukuka aykırılıklar sınırlı sayıda olmadığından) ana hatları ile ortaya konan hatalı veya eksik vakıa tespitleri de, ilgili hukuk kuralının ihlaline dayanan hukuka aykırı vakıa tespitleridir. İstinaf mahkemesi, kanunda öngörülen şartların sağlanmasıyla, bizzat delil değerlendirmesi ve vakıa tespiti yapabildiği gibi delillerin değerlendirilmesinde ve vakıa tespitlerinde yapılan her hata veya eksikliği denetleyebilir ve giderebilir. Buna karşılık temyiz mahkemesi, kural olarak, sadece delillerin değerlendirilmesinin ve vakıa tespitlerinin bir hukuka aykırılığa dayanıp dayanmadığını denetleyebilir. Uygulamada bazı Yargıtay kararlarında delillerin değerlendirilmesinde ve vakıa tespitlerinde yapılan her hata veya eksikliği kapsayacak şekilde “delillerin değerlendirilmesinde hata”¹⁰⁰⁸, “delillerin takdirinde hata”¹⁰⁰⁹ veya “delillerin yanlış takdir ve değerlendirilmesi”¹⁰¹⁰ şeklinde kullanılan formülasyonlar yerinde değildir. Ayrıca, temyiz mahkemesinin bu kapsamda denetim yapmasını mümkün kılan yapısal olanakları ve hukuki dayanağı mevcut değildir¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁶ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 198 vd., 203 vd.

¹⁰⁰⁷ MüKoZPO/Prütting, § 286, Kn. 23; Walter, Freie Beweiswürdigung, s. 326-327; Nassall, Revision, s. 158, Kn. 740; Haspl, s. 21; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 639-640.

¹⁰⁰⁸ Yargıtay 2. HD, 05/07/2022 T., 2022/4711 E., 2022/6733 K.

¹⁰⁰⁹ Yargıtay 2. HD, 06/11/2018 T., 2018/3172 E., 2018/12538 K.

¹⁰¹⁰ Yargıtay 1. HD, 04/06/2015 T., 2014/6610 E., 2015/8276 K.; Yargıtay 1. HD, 25/05/2021 T., 2019/2701 E., 2021/2795 K.

¹⁰¹¹ Önceki dönemde istinaf mahkemesinin olmayışı ve HUMK m. 428/5’de yer alan meselei maddiyenin takdirinde hata temyiz sebebine dayalı olarak Yargıtay’ca delillerinde değerlendirilmesinde yapılan neredeyse her hatayı denetlemesine yönelik öğretilerdeki yaklaşımlar ve eleştiriler için bkz. Üstündağ, Kanun Yolları, s. 36-37; Kuru, C. 5, s. 4537 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 470-471; Sivrihisarlı, s. 112 vd.; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 275 vd.; Yavaş, Temyiz, s. 82 vd.; Taşpınar-Ayvaz, Temyiz, s. 174 vd.

V. Dava Dosyasına Aykırılık

Dava dosyasına aykırılık, dava dosyasının içeriği ile bu içeriğe dayanan karardaki vakıa tespitleri arasında bir çelişkinin bulunması halinde söz konusu olur¹⁰¹². Yine, mahkeme kararındaki vakıa tespitlerine ilişkin dava dosyasında herhangi bir dayanak mevcut değilse, dava dosyasına aykırılık gerçekleşir¹⁰¹³. Dava dosyasına aykırılık, dava dosyasından kendiliğinden (doğrudan karşılaştırma yoluyla) anlaşılabilir olmalı¹⁰¹⁴ ve karar bakımından önemli vakıalara ilişkin olmalıdır¹⁰¹⁵. Örneğin, mahkeme kararında, tanık C'nin inandırıcı beyanındaki ifadesi uyarınca davalının davacıya vurduğu kabul edilmiştir. Ancak dava dosyasında tanık C'nin herhangi bir ifadesi yoksa veya dava dosyasında yer alan tanık C'nin ifadesinde davacının davalıya vurduğu yazıyorsa, dava dosyasına aykırı vakıa tespiti yapılmış olur.

Dolayısıyla, mahkemenin yapmış olduğu vakıa tespitleri, delil sonucunun hatalı bir şekilde gösterilmesi (sunulması) veya şekil ihlali nedeniyle dava dosyasına aykırı bir temele dayanıyorsa da dava dosyasına aykırılık meydana gelir¹⁰¹⁶. Bu bağlamda, bir belgenin, bir senedin, bir tutanağının veya dava dosyasındaki başka bir evrakın içeriği hatalı bir şekilde ortaya konuyor ve bu sebepten hukuki değerlendirme yanlış bir hayat olayı resmine dayanıyorsa dava dosyasına aykırılık söz konusu olur^{1017/1018}. Başka bir ifadeyle, mahkemenin bu şekilde

¹⁰¹² **Gürdoğan**, Temyiz, s. 278; **Öztekin**, Şerh, s. 652; **Fasching**, Lehrbuch, s. 895, Kn. 1771; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 159 ve 163; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 301, Kn. 568; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 471, Kn. 7; **Messmer/Imboden**, s. 138; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 30; **Schwander**, s. 117; **Reetz/Zanetti**, s. 73; **SHK BGG – von Werdt**, Art. 105, Kn. 21.

¹⁰¹³ **Fasching**, Lehrbuch, s. 895, Kn. 1771; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 301, Kn. 568; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 471, Kn. 7.

¹⁰¹⁴ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 159; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 17; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 20; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E123; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 30; **HAP Bundesgericht – Münch/Luczak**, § 2, Kn. 2.65; **Schwander**, s. 117.

¹⁰¹⁵ **Gürdoğan**, Temyiz, s. 278; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 21; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E122 ve E127; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 17; **Fucik/Klauser/Kloiber**, ZPR, § 503, s. 514; **Messmer/Imboden**, s. 138; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 30.

¹⁰¹⁶ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 159; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 17; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E126; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 30; **HAP Bundesgericht – Münch/Luczak**, § 2, Kn. 2.65; **Schwander**, s. 117.

¹⁰¹⁷ **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 20; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E126/1.

¹⁰¹⁸ Dava dosyasında yer alan bir belgenin veya tutanağın içeriğinin hatalı bir şekilde oluşturulması, dava dosyasına aykırılık teşkil etmez. Mahkemenin bu hataları, usule veya maddi hukuka aykırılığa neden olabilir (**Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 166; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 18). Söz gelimi, hâkimin tanığın beyanını söylediğinden farklı bir şekilde duruşma tutanağına yansıtması-aktarması, usule aykırılık teşkil eder.

yapmış olduğu bir aktarım hatası (*Übertragungsrirtum*) veya çelişkisi (*Übertragungswiderspruch*) dava dosyasına aykırılık meydana getirebilir¹⁰¹⁹. Örneğin, dava dosyasındaki tanık ifadesinde veya belgede “beyaz” olarak belirtilen bir hususun mahkeme tarafından tanık ifadesi veya belgeye göre “siyah” olarak kabul edilmesi yahut tanık ifadesinde veya belgede vade tarihinin “5 Şubat” olarak belirtilmesine rağmen mahkemenin bu tanık ifadesine veya belgeye dayanarak vade tarihini “5 Mart” olarak kabul etmesi dava dosyasına aykırılık teşkil eder¹⁰²⁰.

Maruf ve meşhur vakıalar ile mahkemece bilinen vakıaların hükme dayanak olarak kullanılması için ispat edilmesi gerekmez. Bu hususların delil ikamesi olmaksızın dikkate alınması dava dosyasına aykırılık teşkil etmez¹⁰²¹. Mahkemenin muhtemel (olası) bir tespiti gerçekleştirmemesi veya ispat edilen bir vakıadan sonuç çıkarmak suretiyle bir tespitte bulunması dava dosyasına aykırılık teşkil etmez. Bunlar delillerin değerlendirilmesi kapsamında yer alır^{1022/1023}. Buna karşılık, mahkemenin yapmış olduğu bir vakıa tespitinin hiçbir ispat temeli yoksa dava dosyasına aykırılık gerçekleşir^{1024/1025}.

Öte yandan, delil değerlendirmesi dava dosyasına aykırı bir vakıa kabulüne (*aktenwidrige Tatsachenannahme*) dayanıyorsa, dava dosyasına aykırılık söz konusu olur. Çünkü bu halde hâkimin delil değerlendirmesinde dava dosyasına aykırı vakıa önermelerinden

¹⁰¹⁹ **Fasching**, Lehrbuch, s. 895-896, Kn. 1771; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E123; **Deixler-Hübner/Klicka**, Zivilverfahren, s. 221-222.

¹⁰²⁰ **Kralik**, Beweiswürdigung, s. 166; **BK ZPO – Sterchi**, Art. 310, Kn. 11; **ZPO DIKE – Blickenstorfer**, Art. 310, Kn. 19.

¹⁰²¹ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 161.

¹⁰²² **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 17; **Fasching**, Lehrbuch, s. 896, Kn. 1771; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 20; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 163, 172; **Fucik/Klausner/Kloiber**, ZPR, § 503, s. 514; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E128.

¹⁰²³ Öğretide bir görüşe, hâkimin dosyada bulunan bir belgeyi veya delili ihmal etmesi (**Gürdoğan**, Temyiz, s. 278; **Guldener**, s. 523; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 30; **HAP Bundesgericht – Münch/Luczak**, § 2, Kn. 2.65) veya haklı bir gerekçe mevcut olmadığı halde dosyadaki belgelere veya delillere aykırı tespitte bulunması (**Gürdoğan**, Temyiz, s. 278; **Öztek**, Şerh, s. 652) da dava dosyasına aykırılık teşkil eder. Diğer görüşe göre ise, bu hususlar dava dosyasına aykırılık değil, usule aykırılık veya diğer hukuki hatalar kapsamında yer alır (**Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 166; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 18; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E135).

¹⁰²⁴ **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 20; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 17; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E133.

¹⁰²⁵ Söz gelimi, mahkeme, ispata muhtaç bir vakıayı, dava dosyasında bu konuda herhangi bir bilgi olmamasına rağmen ispatlanmış olarak kabul etmişse dava dosyasına aykırılık söz konusu olur (BGE 131 I 45, 49 (E.3.6); BGer. 4A_424/2011, 02.11.2011 (E.2.1)).

hareket etmesi söz konusudur¹⁰²⁶ ve bu, delillerin değerlendirilmesinin temelini sarsar¹⁰²⁷. Dolayısıyla, dava dosyasına aykırılık sadece mahkemenin yapmış olduğu vakıa tespitleri ile sınırlı olmayıp, hâkimin tespit yapmasına hizmet eden ve değerlendirmesinin temelini oluşturan vakıaları da kapsar. Hâkim, değer hükmünü ve bunun sonucu olan çıkarımlarını dava dosyasına aykırı bir vakıaya dayandırıyorsa, bu, dava dosyasına aykırılık teşkil eder¹⁰²⁸.

İstinaf mahkemesinin ilk derecede mahkemesince gerçekleştirilen tespitleri kabul etmesi zaten kavramsal olarak dava dosyasına aykırılık teşkil etmez. Bununla beraber, istinaf mahkemesi ilk derecede yapılan tespitleri hatalı bir şekilde sunmuşsa veya yorumlamışsa ve bu nedenle hukuki değerlendirmesini gerçekte ilk derece hükmünden sapan tespitlere dayandırmışsa istinaf hükmü bakımından dava dosyasına aykırılık söz konusu olur¹⁰²⁹.

Dava dosyasına aykırı olarak yapılan vakıa tespitleri, hukuka aykırı vakıa tespitleri kapsamına dahildir. Zira bu durumda yapılan vakıa tespitinin dosyada hiçbir dayanağı bulunmamakta veya yapılan tespit ile dosyadaki dayanağı açıkça çelişmektedir. Bu nedenle dava dosyasına aykırı olarak yapılan vakıa tespitleri keyfi¹⁰³⁰ ve hukuka aykırı vakıa tespitleri olarak kabul edilir¹⁰³¹.

¹⁰²⁶ **Schwander**, s. 117-118.

¹⁰²⁷ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 173.

¹⁰²⁸ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 173; **Schwander**, s. 117-118.

¹⁰²⁹ **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 19; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 22; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 167; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E129-E130.

¹⁰³⁰ **BSK BGG – Schott**, Art. 97, Kn. 11; **Stahelin/Stahelin/Grolimund – Stahelin/Bachofner**, § 27, Kn. 35a; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 30; **HAP Bundesgericht – Münch/Luczak**, § 2, Kn. 2.65; **Schwander**, s. 117; **Messmer/Imboden**, s. 137; BGer. 9C_44/2008, 15.04.2008 (E.4); BGE 104 II 68, 74 (E.3b).

¹⁰³¹ Hukukumuzda dava dosyasına aykırı olarak yapılan vakıa tespitlerinin temyiz (ve evleviyetle istinaf) mahkemesi tarafından denetlenebileceği kabul edilmektedir (**Gürdoğan**, Temyiz, s. 278; **Öztek**, Şerh, s. 652; **Özekes**, Pekcanitez Usul, s. 2300-2301; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 639). Yargıtay’ da, “...mahkemenin vakıayı tespit ederken kanuna aykırı davranmış olması, örneğin...vakıa tespitinin dosyada ki delillerle çelişik bulunması... ve bunun sonucunda da yanlış bir hukukî sonuca varması hâlinde pek tabi Yargıtay bu hatalı tespit ile bağlı olmayacak ve hatalı kararı denetleyecektir...” demek suretiyle bunu açıkça belirtmektedir (Yargıtay HGK, 22/02/2022 T., 2021/849 E., 2022/167 K.; Yargıtay HGK, 15/12/2022 T., 2022/1028 E., 2022/1754 K.; Yargıtay HGK, 29/03/2022 T., 2022/283 E., 2022/410 K). Avusturya hukukunda dava dosyasına aykırılık bir temyiz sebebi olarak açıkça AvMUK m. 503/III’de düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda dava dosyasına aykırı olarak yapılan vakıa tespitleri açıkça hatalı/keyfi vakıa tespitleri olarak kabul edilmekte ve temyiz mahkemesince denetlenmektedir (**ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 30; **HAP Bundesgericht – Münch/Luczak**, § 2, Kn. 2.65; **Schwander**, s. 117; **Messmer/Imboden**, s. 137; **BSK BGG – Schott**, Art. 97, Kn. 11; BGE 104 II 68, 74 (E.3b)). Alman hukukunda dava dosyasına aykırılık, genel olarak, bir temyiz sebebi olarak kabul edilmemektedir. Çünkü AMUK m. 559/I uyarınca temyiz mahkemesi, istinaf mahkemesinin hukuk uygulamasını, dava dosyasının tamamına göre değil, kural olarak, sadece istinaf hükmünden veya duruşma tutanaklarından anlaşılan taraf beyanları temelinde denetler. AMUK m. 320’e göre de, hükümdeki vakıa unsurları kısmı, hatalı, eksik, belirsiz veya çelişkili ise taraflar hükmün tebliğinden

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MUKAYESELİ HUKUKTA KANUN YOLU SEBEPLERİ VE DENETİMİ

§ 8 ALMAN HUKUKUNDA İSTİNAF VE TEMYİZ KANUN YOLU SEBEPLERİ VE DENETİMİ

I. İstinaf Sebepleri ve Denetimi

A. Genel Olarak

Alman Hukukunda istinaf sebepleri, AMUK m. 513'de istinaf sebepleri başlığı altında açıkça düzenlenmiştir. AMUK m. 513/I'e göre; istinaf, sadece kararın hukuka aykırılığına (AMUK m. 546) veya AMUK m. 529'a göre dayanılan vakıaların farklı bir kararı haklı kılması sebeplerine dayandırılabilir¹⁰³². Buna göre istinaf sebepleri ikiye ayrılır;

a) Hukuka aykırılık; itiraz edilen karar bir hukuka aykırılığa (AMUK m. 546) dayanıyorsa ve bu hukuka aykırılık ile karar arasında bir illiyet bağı mevcut ise istinaf kanun yoluna başvurulabilir.

b) Vakıanın yeniden tespitinin gerekliliği; istinaf mahkemesi tarafından (AMUK m. 529 uyarınca) vakıa tespitinin yeniden yapılması gerekiyorsa ve bu durum aynı zamanda başka bir karar verilmesini haklı kılıyorsa istinafa başvurulabilir¹⁰³³.

İtibaren iki hafta içinde yazılı başvuru yaparak bunların düzeltilmesini talep edebilirler. Buna karşılık, istinaf mahkemesi hükmünün vakıa unsurları kısmının belirsizlik, çelişki veya boşluk içermesi durumunda, bu vakıa unsurları kısmı ispat gücünü kaybeder ve temyiz mahkemesini bağlamaz. Çünkü bu hallerde, istinaf mahkemesi hükmünün temyiz mahkemesi tarafından değerlendirilmesi, kural olarak, mümkün değildir ve istinaf hükmü, salt bu sebepten dolayı, re'sen bozulur (**Hk-ZPO/Koch**, § 559, Kn. 6, 8; **Musielak/Voit/Ball**, § 559, Kn. 16, 18; **MüKoZPO/Krüger**, § 559, Kn. 5). Öte yandan, hâkimin yaptığı vakıa tespitin, tutanağa geçirilen delil ikamesinin sonuçlarıyla çalışması, hükmün gerekçesinde yer alan tanık ifadesinin tutanağa geçirilen ifadeyle uyumlu olmaması veya tanık ifadesinin hükmün gerekçelerini kapsamaması gibi hallerde yapılan tespitlerin usule aykırı olduğu ifade edilmektedir (**MüKoZPO/Rimmelspacher**, § 520, Kn. 58).

¹⁰³² Kanundaki düzenlemenin ifade tarzının yanlış anlaşılmaya sebebiyet verdiği ve düzenlemenin içerik olarak istinaf sebeplerinden ziyade istinaf mahkemesinin hangi meseleleri denetleyebileceğine ilişkin bir hüküm olduğu yönündeki eleştiri ve açıklama için bkz. **Wieczorek/Schütze/Gerken**, § 513, Kn. 1. Söz konusu düzenlemenin ve istinaf sebeplerinin sistematik yorumuna ilişkin ayrıca bkz. **Lange, Thomas**, *Prozessstoff und Prüfungsumfang in der Berufungsinstanz nach der ZPO Reform 2002*, Hamburg 2007, s. 14-17.

¹⁰³³ **Rimmelspacher**, *Berufungsgründe*, s. 1898; **Rauscher, Matthias**, *Die neue Berufung in Zivilsachen*, Frankfurt am Main 2002, s. 67-68; **Braunscheider, Hartmurt**, *Die Berufung - Gründe, Begründung, Begründetheit*, *ProzRB* 2004/3, s. 72; **Baumann, Andreas**, *Prüfungsumfang und Prüfungsprogramm im Berufungsverfahren nach der Zivilprozessreform 2002*, Nürnberg 2006, s. 121-122; **Hirtz**, in: *Eichele/Hirtz/Oberheim*, s. 209, Kn. 3-4; **Doukoff**, s. 121, Kn. 453; **Kramer, Wolfgang**, *Die Berufung in Zivilsachen* 8.Aufl., 2015, s. 62, Kn. 214; **Prütting/Gehrlein/Lemke**, *ZPO*, § 513, Kn. 2; **MüKoZPO/Rimmelspacher**, § 513, Kn. 1- 2; **Heiderhoff, Bettina**, *Die Tatsachenbindung des*

İstinaf sebepleri bakımından önemli olan husus, iptali istenen kararın objektif açıdan hatalı olmasıdır. Kararın hatalı olması, ilk derece mahkemesinin hükmüne etkili olan vakıaların yanlış tespit edilmiş olmasından veya tespit edilen vakıalara hukukun yanlış uygulamasından kaynaklanabilir. Bu hallerde objektif hata söz konusudur¹⁰³⁴. Ancak, tarafların dava malzemesini eksik getirmeleri veya delil göstermemeleri mahkemenin hatalı hüküm vermesine neden olmuş ise, objektif değil, sübjektif hata söz konusu olur ve bu durum istinaf sebebi teşkil etmez. Yine usule aykırılık veya altlamada hata yapılması hükme etki etmemişse ve karar sonuç itibarıyla doğru ise, bu eksiklik veya hata da bir istinaf sebebi teşkil etmez¹⁰³⁵.

B. Hukuka Aykırılık

İlk derece mahkemesi kararının bir hukuka aykırılığa dayanması istinaf sebebidir (AMUK m. 513/I). İstinaf sebebi olarak hukuka aykırılığın ne anlama geldiği konusunda kanun koyucu, aynı zamanda bir temyiz sebebi olan hukuka aykırılığa yollama yapmıştır. Buna göre hukuka aykırılık, bir hukuk normunun hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanmasıdır (AMUK m. 546)¹⁰³⁶.

Bu bağlamda hukuk kuralı, objektif hukuka ilişkin bütün kuralları ihtiva eder¹⁰³⁷. Buna göre, anayasa, kanunlar, maddi hukuk ve usul hukuku kuralları, tüzükler, yönetmelikler, federal hukuk, eyalet hukuku, uluslararası antlaşmalar, yabancı hukuk, Avrupa birliği hukuku, örf ve adet hukuku kuralları, mantık kuralları, düşün kanunları, tecrübe kuralları ve genel işlem şartları istinaf sebepleri bakımından hukuk kuralı olarak ele alınırlar¹⁰³⁸.

Berufungsgerichts nach der ZPO-Reform, JZ 2003/10, s. 491-492; **Lange**, s. 10-13; **Schellhammer, Kurt**, Zivilprozessreform und Berufung, MDR 2001/20, s. 1143-1144.

¹⁰³⁴ İlaveten, ilk derece mahkemesince usulüne uygun bir şekilde yapılan vakıa tespitleri, tarafların istinaf aşamasında yeni iddia ve savunma sebepleri ileri sürülmesine izin verilen verilmesi (AMUK m. 529/I, 2 ve AMUK m. 531/II, 3) sebebiyle yanlış vakıa tespitlerine dönüşebilirler yahut istinaf aşamasında, ilgili hukuki uyumsuzluğa ilişkin, yürürlüğe yeni giren bir hukuk kuralı sebebiyle ilk derece mahkemesinin kararı hukuka aykırılı bir karar haline gelebilir. Her iki durumda da karar yine objektif açıdan hatalıdır ve bu haller de birer istinaf sebebi teşkil eder. **Rimmelspacher**, Berufungsgründe, s. 1897-1898; **Lange**, s. 19.

¹⁰³⁵ **Rimmelspacher**, Berufungsgründe, s. 1897; **Deren-Yıldırım**, İstinafin Gerekçelendirilmesi s. 702-703.

¹⁰³⁶ **Prütting/Gehrlein/Lemke**, ZPO, § 513, Kn.3; **Musiak/Voit/Ball**, § 513, Kn. 3; **Schellhammer, Kurt**, Zivilprozess, Gesetz - Praxis - Fälle, 15 Aufl., 2016, s. 492, Kn. 1002; **MüKoZPO/Rimmelspacher**, § 513, Kn. 8-9; **Zöller/Heßler**, § 513, Kn. 2; **Hirtz**, in: Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 211, Kn. 10- 14; **Doukoff**, s. 121, Kn. 453; **Stein/Jonas/Althammer**, § 513, Kn. 4.

¹⁰³⁷ **Schellhammer**, Zivilprozess, , s. 492, Kn. 1002.

¹⁰³⁸ **Rimmelspacher**, Berufungsgründe, s. 1898-1899; **MüKoZPO/Rimmelspacher**, § 513, Kn. 9; **Doukoff**, s. 121, Kn. 453; **Hirtz**, in: Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 211, Kn. 16; **Oberheim**, s. 163, Kn. 331-332; **Wieczorek/Schütze/Gerken**, § 513, Kn. 5; **Prütting/Gehrlein/Lemke**, ZPO, § 513 Kn.3.

Hukuka aykırılık, diğer bir ifadeyle bir hukuk kuralının hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanması, uygulama hatası, yorum hatası, altlama hatası veya takdir hatası şeklinde gerçekleşebilir¹⁰³⁹.

AMUK m. 513/I'in hukuka aykırılık bakımından AMUK m. 546'ya atıf yapmasına rağmen, istinafin hukuka aykırılık denetimi bakımından temyizın bir türevi olmadığı, istinaf ve temyiz arasında sınırlı bir benzerlik olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁴⁰. Hukuka aykırılık kavramının ve bu kapsamda yapılacak denetimin istinaf ve temyiz bakımından ne anlama geldiği, sınırları ve kapsamı Alman hukukunda tartışmalıdır. Bu bağlamda Federal Alman Mahkemesi özellikle 2004 yılında verdiği bir dizi kararla istinaf mahkemesinin fonksiyonunun temyizden farklı olduğuna vurgu yapmıştır¹⁰⁴¹. Federal Mahkemenin yaklaşımı özetle şu yöndedir; 1) İstinaf sebebi olarak hukuka aykırılık kavramı konusunda AMUK m. 546'ya yapılan atıf, istinaf ve temyizın farklı amaçlara ve fonksiyonlara sahip olduğu göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. 2) İstinaf mahkemesi, reformdan sonra da -sınırlı da olsa- vakıa derecesi olup temyiz görevi görmemektedir. Temyiz kanun yolunun hukuk birliğinin sağlanması, hukukun geliştirilmesi ve ilkesel hukuki meselenin aydınlatılması şeklinde önde gelen amaçları istinaf kanun yolu bakımından geçerli değildir. İstinafin önde gelen amacı, somut olay adaletinin sağlanması ve taraf menfaatlerine hizmet etmektedir. 3) Reform kanun koyucusunun, tarafların istinaf yardımı ile davaları bakımından maddi ve hukuki yönden ikna edici karar elde etmelerine yönelik kabul ettiği meşru yasal menfaat, istinafin temyiz mahkemesi için ön görülen sınırlamalarla bağlı olmamasını gerektirir. Sadece ikna edici karar kesin hüküm etkisine kavuşmalıdır. 4) AMUK m. 546'ya yapılan atıf, temyiz mahkemesince hukuka aykırılık denetimi yapılırken söz konusu olan sınırlamaların istinaf mahkemesi için de geçerli olması sonucunu doğurmaz. AMUK m. 546 sadece bütün mahkemeler bakımından hukuka aykırılık kavramının tarifini ihtiva eder ve spesifik olarak temyize ilişkin bir düzenleme içeriğine sahip değildir. Temyiz mahkemesine ilişkin sınırlamalar öncelikle AMUK m. 545,

¹⁰³⁹ **Rimmelspacher**, Berufungsgründe, s.1899-1900; **Bley**, s. 108; **Doukoff**, s. 121-122, Kn. 455-457; **Zöller/Heßler**, § 513, Kn. 2; **Hirtz**, in: Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 231, Kn. 26; **Oberheim**, s. 163-165, Kn. 331-334; **Stein/Jonas/Althammer**, § 513, Kn. 4; **MüKoZPO/Rimmelspacher**, § 513 Kn. 10-11. Bu hukuka aykırılık türleri için detaylı olarak bkz. § 3/III/B.

¹⁰⁴⁰ **Doukoff**, s. 123, Kn. 460; **Roth**, Einzelfallgerechtigkeit, s. 177; BGH NJW 2003, 2532, 2533; BGH NJW 2004, 2751. Farklı yönde bkz. **Bamberger, Heinz Georg**, Die Reform der Zivilprozessordnung- Eine Wirkungskontrolle, ZRP 2004, s. 139.

¹⁰⁴¹ Konu hakkında genel bilgi ve kararlar için bkz. **Gaier, Reinhard**, Das neue Berufungsverfahren in der Rechtsprechung des BGH, NJW 2004, s. 2041 vd.; **Gehrlein, Markus**, Neue höchststrichterliche Rechtsprechung zum ZPO - Verfahren in der Berufung, MDR 2004, s. 661 vd.; **Roth**, Einzelfallgerechtigkeit, s. 174 vd.

546 ve 559’da yer alan düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesinden ortaya çıkar¹⁰⁴². Federal Mahkeme bu gerekçelerle, istinaf mahkemesince yapılan hukuka aykırılık denetiminin temyiz ile aynı olmadığını, aksine onu aşan daha detaylı bir denetim olduğunu kabul etmektedir. Federal Mahkeme temelde bu tespitlerden hareketle şu sonuçlara varmaktadır; a) Sözleşmelerin ve irade beyanlarının araştırılması, içeriklerinin tespiti bir fiili meseledir ve istinaf mahkemesi hem AMUK m. 529 hem de AMUK m. 546 uyarınca bunu denetleyebilir. Tespit edilen sözleşmelerin ve irade beyanlarının yorumu ise hukuk meselesi olup istinaf mahkemesi AMUK m. 546 uyarınca bunları inceleyebilir. Bireysel sözleşmelerin ve irade beyanlarının yorumunun denetiminde istinaf mahkemesi, temyiz mahkemesinden farklı olarak, ilk derece mahkemesinin hukukten savunulabilir görüşü ile bağılı değildir. İlk derece mahkemesinin irade beyanları hakkında yaptığı yorum, kanunda öngörülen yorum kuralları ile tecrübe ve mantık kurallarına uygun olarak hukukten savunulabilir olsa bile, istinaf mahkemesi için ikna edici nitelikte değilse, istinaf mahkemesi bizzat ikna edici yorumu aramak zorundadır^{1043/1044}. b) İlk derece mahkemesinin takdire bağılı olarak karar verdiği hallerde, istinaf mahkemesinin denetimi, temyizden daha geniştir. Bu bağlamda, ilk derece mahkemesi tarafından takdir edilen tazminat miktarı, hukukten savunabilir olsa da istinaf mahkemesi için bağlayıcı değildir. İstinaf mahkemesi tazminat miktarının belirlenmesinde kendi kanaatine göre hareket etmek durumundadır¹⁰⁴⁵. Yine bu bağlamda, sorumluluk derecelerinin belirlenmesi ve müterafik kusurun tespiti gibi ölçü ve derece meselelerinde de istinaf mahkemesinin bizzat kendi kanaatine göre karar vermek zorunda olduğu ifade edilmektedir^{1046/1047}.

¹⁰⁴² BGH NJW 2004, 2751, 2752 vd.; BGH NJW 2004, 1458,1459.

¹⁰⁴³ BGH NJW 2004, 2751; BGH NJW 2016, 3015.

¹⁰⁴⁴ Federal Mahkemeye göre, sözleşmelerin ve irade beyanlarının içeriklerinin tespitinin (fiili meselenin) denetimi bakımından da istinaf temyizden farklıdır. İlk derece mahkemesi tarafından yapılan tespitin tamlığı ve doğruluğunu şüpheye düşürecek somut dayanak noktaları varsa ve bu yüzden tespitin yenilenmesi gerekiyorsa, istinaf mahkemesi, temyizden farklı olarak, ilk derece mahkemesince sözleşmelerin içeriğine ilişkin yapmış olduğu tespit ile bağılı değildir (AMUK m. 513/I, m. 529/I, 1). Aynı şekilde, ilk derece mahkemesi tarafından usuli hata olmaksızın yapılan tespitler de, eğer tespitin doğruluğu ve tamlığı hususunda şüpheye yaratacak somut dayanak noktaları varsa, istinaf mahkemesi için bağlayıcı değildir. İstinaf mahkemesi bakımından bağlayıcı olan tespitler tam ve ikna edici olan tespitlerdir. BGH NJW 2004, 2751.

¹⁰⁴⁵ BGH NJW 2006, 1589, 1592.

¹⁰⁴⁶ **Roth**, Einzelfallgerechtigkeit, s. 176-177; **Doukoff**, s. 123-124, Kn. 461-464; **Musielak/Voit/Ball**, § 513, Kn. 4a; **Hirtz, Bernd**, Die Reform der ZPO - eine Wirkungskontrolle. Das neue Berufungsrecht in: Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentages (Bonn 2004), Band I, Gutachten, Berichte, A 60; OLG Hamm, MDR 2004, 998; OLG Oldenburg NJW-RR 2012, 97.

¹⁰⁴⁷ Federal Mahkemenin genel yaklaşımı ile aynı yönde bkz. **Roth**, Einzelfallgerechtigkeit, s. 174-176; **Haspl**, s. 305 vd.; **Stickelbrock**, s. 265-266; **Musielak/Voit/Ball**, § 513, Kn. 4a; **Stein/Jonas/Althammer**, § 513, Kn. 4; **Nassall, Wendt**, Zehn Jahre ZPO-Reform vor dem BGH, NJW 2012, s. 116; **Riehm**, Abwägungsentscheidungen, s. 333 vd.; **Schwarz**, Berufung, s. 276 vd.; **Hirtz**, Wirkungskontrolle, A 60-61;

İlk derece mahkemesi kararında bir hukuka aykırılık olması tek başına istinaf sebebi teşkil etmez. Hukuka aykırılığın istinaf sebebi olabilmesi için, ilk derece mahkemesi kararının bu hukuka aykırılığa dayanması, diğer bir ifadeyle karar ile hukuka aykırılık arasında illiyet bağının mevcut olması gerekir. Dolayısıyla istinaf davacısının istinafin gerekçelendirilmesi dilekçesinde sadece kararda bir hukuka aykırılık olduğunu göstermesi yeterli değildir, bunun ötesinde istinaf davacısı, bu hukuka aykırılığın hükmün sonucuna etki ettiğini ve illiyet bağının mevcut olduğunu belirtmelidir (AMUK m. 520/III, 2) Şayet iddia edilen hukuka aykırılık olmasaydı ilk derece mahkemesinin kararı başka şekilde olabilecek idiyse, illiyet bağının mevcut olduğu kabul edilir¹⁰⁴⁸.

C. Vakıanın Yeniden Tespitinin Gerekliliği

Alman hukukundaki bir diğer istinaf sebebi, vakıanın yeniden tespitinin gerekli olmasıdır. AMUK m. 529/I uyarınca istinaf mahkemesi tarafından, vakıa tespitinin yeniden yapılması gerekiyorsa ve bu husus aynı zamanda başka bir karar verilmesini de haklı kılıyorsa, istinafa başvurulabilir (AMUK m. 513/I). Bu durum, temelde iki halde söz konusu olur. İlk olarak, ilk derece mahkemesi tarafından vakıa tespitleri hatalı veya eksik bir şekilde gerçekleştirilmişse, istinaf mahkemesi tarafından vakıa tespitlerinin yenilenmesi gerekir (AMUK m. 529/I, 1). İkinci olarak, taraflarca yeni iddia ve savunma araçlarının ileri sürülebildiği durumlarda (AMUK m. 531/II) istinaf mahkemesi tarafından yeni vakıa tespitinin yapılması gerekir (AMUK m. 529/I, 2)¹⁰⁴⁹.

1. Hatalı veya Eksik Vakıa Tespiti

İstinaf mahkemesi, kural olarak, ilk derece mahkemesince gerçekleştirilen vakıa tespitleri ile bağlıdır. Ancak, ilk derece mahkemesince yapılan vakıa tespitlerinin tamlığını veya doğruluğunu şüpheye düşürecek somut dayanak noktaları varsa ve bu nedenle vakıa

Vorwerk, Volkert, Berufungsrichter, Tatrichter oder Revisionsrichter: Die ungeklärten Fragen in der Praxis, NJW-Sonderheft 2. Hannoveraner ZPO-Symposium, 20. September 2003, s. 8. Aksi yönde bkz. **Wieczorek/Schütze/Gerken**, § 513, Kn. 6-9; **MüKoZPO/Rimmelpacher**, § 513, Kn. 11-13; **Arnold**, Zur Überprüfung, s. 67 vd.; **Lechner, Herbert**, Die Rechtsprechung des BGH zum neuen Berufsrecht im Lichte der Intentionen des Gesetzgebers, NJW 2004, s. 3595 vd.; **Unberath**, s. 34; **Bierschenk**, s. 133; **Lange**, s. 71 vd.; **Bley**, s. 98 vd.

¹⁰⁴⁸ **MüKoZPO/Rimmelpacher**, § 513, Kn. 15; **Rimmelpacher**, Berufungsgründe, s. 1900; **Kramer**, Berufung, s. 62, Kn. 215; **Musielak/Voit/Ball**, § 513, Kn. 5; **Schellhammer**, Zivilprozess, s. 493, Kn. 1003; **Schellhammer**, Berufung, s. 1144; **Hirtz**, in: Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 217, Kn. 44; **Bley**, s. 93.

¹⁰⁴⁹ **Prütting/Gehrlein/Lemke**, ZPO, § 513, Kn. 9; **Rimmelpacher**, Berufungsgründe, s. 1900; **Längsfeld**, s. 364; **Oberheim**, s. 167, Kn. 338.

tespitlerinin yenilenmesi gerekiyorsa bu bağıllık ortadan kalkar (AMUK m. 529/I,1)¹⁰⁵⁰. Bu halde, istinaf mahkemesi yeniden vakıa tespiti yapmaya sadece yetkili değil, aynı zamanda zorunludur¹⁰⁵¹.

Buna göre hatalı veya eksik vakıa tespitlerinin istinaf sebebi olabilmesi için şu üç unsurun hep birlikte bulunması gerekir;

1) ilk derece mahkemesince yapılan vakıa tespitlerinin doğruluğu veya tamlığı hakkında şüphe bulunmalı,

2) söz konusu şüpheyi haklı kılacak somut dayanak noktaları mevcut olmalı,

3) ve bu nedenle de vakıa tespitlerinin yenilenmesi gerekmektedir¹⁰⁵².

Bir istinaf sebebi olarak vakıa tespitlerinin yenilenmesi için, ilk derece mahkemesinin kararı bakımından önemli olan vakıa tespitlerinin doğruluğu veya tamlığı hususunda şüphe bulunmalıdır. Burada varlığı aranan şüphe makul şüphedir¹⁰⁵³. İstinaf mahkemesinin bakış açısına göre, şayet delil ikamesi yenilendiğinde, ilk derece mahkemesinin yapmış olduğu vakıa tespitlerinin varlığını sürdürmemeleri belli bir ihtimal -ancak yüksek olma zorunluluğunda değil- dahilindeyse, makul şüphe mevcuttur. Bu konuda her ne kadar ciddi şüphe aranmasa da istinaf davacısı tarafından ileri sürülen salt kişisel şüphe yeterli değildir. Şüphenin objektif ve rasyonel olarak savunulabilir olması gerekir. Kolayca ortadan kaldırılmayacak ağırlıktaki

¹⁰⁵⁰ Musielak/Voit/Ball, § 529, Kn. 2, 5; Rimmelspacher, Berufungsgründe, s. 1900; Thomas/Putzo/Reichold, § 529, Kn. 1-2; Stein/Jonas/Althammer, § 529, Kn. 9,15; Kramer, Berufung, s. 60, Kn. 442; Schellhammer, Zivilprozess, s. 495, Kn. 1006; Lange, s. 35 vd.; Bley, s. 75 vd. Aksi yönde olan Hirtz'e göre, bir üst derece aracılığıyla doğru bir vakıa tespiti ve somut hukuk uygulaması bir kanun yolu olarak istinafin fonksiyonuna dahildir. Bu nedenle istinafin ilk derece mahkemesinin vakıa tespitleri ile bağlı olması bu amaçla çelişir. AMUK m. 529'daki düzenlemeden de istinaf mahkemesinin esas olarak ilk derece mahkemesi ile bağlı olmadığı sonucu çıkar. (Hirtz, in: Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 222, Kn. 69; Hirtz, Bernd, Gegen das Mantra von der Bindung des Berufungsgerichts, NJW 2014, 1642; Hirtz, Bernd, Die Bindung des Berufungsgerichts an die Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Urteil – eine Chimäre, FS Karl Eichele, 2013, s. 221-222).

¹⁰⁵¹ Musielak/Voit/Ball, § 529, Kn. 2; BGH NJW 2005, 1583.

¹⁰⁵² Doukoff, s. 137, Kn. 500; Yıldırım, Hatalı Vakıa Tespitleri, s. 128.

¹⁰⁵³ BGH NJW 2004, 2828; BGHW NJW 2014, 1018. Almanya'da 2002 Reform Kanunu hükümet tasarında AMUK m. 529/I bakımından ciddi şüphe kriteri öngörülüyordu. Ancak daha sonra meclis hukuk komisyonunda ciddi unsur silindi. Gerekçeye göre, isabetli bir vakıa tespiti ve bununla birlikte maddi adalete uygun doğru bir karar elde edilmesi için gerekçeli şüphenin kabulünde kriter oluştururken aşırıya kaçılmamalıdır. İstinaf davacısından, ilk derece hâkiminin tespit ettiği vakıadan farklı başka bir vakıayı hakikate yakın göstermesini istemek aşırıya kaçmak olur. İstinaf mahkemesi önemli vakılardan, rasyonel olarak anlaşılabilir bir şekilde, kararın temelini oluşturan tespitlerin doğruluğu veya tamlığı hakkında makul şüpheyi ulaşırsa, bununla yetinmelidir. BT-Dr. 14/6036 , s. 124; Baumann, s. 102-104; Schwarz, Berufung, s. 178-186; Rauscher, Berufung, s. 67; Lange, s. 48.

şüphelerin varlığı, makul şüphe için yeterlidir¹⁰⁵⁴. Makul şüphe, ilk derece mahkemesince vakıa tespitlerinde usule aykırılıklar yapılması veya istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesinden farklı bir değerlendirme yapması ihtimalinin bulunması¹⁰⁵⁵ hallerinde söz konusu olabilir¹⁰⁵⁶.

Makul şüpheyi haklı kılacak somut dayanak noktalarından kasıt, ilk derece mahkemesince yapılan tespitlere karşı objektif ve anlaşılabilir hukuki ve fiili itirazlardır¹⁰⁵⁷. Bu noktada, salt kişisel şüphe, sadece soyut fikirler veya tahminler yeterli değildir¹⁰⁵⁸. İstinaf mahkemesi açısından makul şüphe yaratacak somut dayanak noktaları, özellikle ilk derece mahkemesince vakıa tespitlerinin usul kurallarına aykırı olarak gerçekleştirildiği hallerde söz konusu olur¹⁰⁵⁹. Bu bağlamda, ilk derece mahkemesi tarafından, delil ikamesi kurallarına uyulmaması veya yanlış ispat ölçüsünün esas alınması¹⁰⁶⁰, taraflarca ileri sürülen vakıalar veya delillerin göz önünde tutulmaması yahut taraflarca ileri sürülmeyen vakıaların veya delillerin

¹⁰⁵⁴ BT-Dr. 14/6036, s. 124; **Gehrlein**, Berufung, s. 664; **Gaier**, Berufungsverfahren, s. 2044; **Stein/Jonas/Althammer**, § 529, Kn. 17; **Prütting/Gehrlein/Oberheim**, ZPO, § 529, Kn. 12; **Hk-ZPO/Wöstmann**, § 529, Kn. 3 ve 5; **Lange**, s. 48; BGH NJW 2004, 2828. *Rimmelspacher*'e göre ise, somut dayanak noktalarına bakıldığında, ilk derece mahkemesinin tespitlerinin hatasız veya eksiksiz olduğunun söylenemeyeceği haller, şüphe için yeterlidir (**Rimmelspacher**, Berufungsgründe, s. 1902; **MüKoZPO/Rimmelspacher**, § 529, Kn. 16). Öğretide, hata veya eksiklik için kabul edilebilir şüphenin bulunması gerektiği de savunulmaktadır. Bu hususta detaylı olarak bkz. **Doukoff**, s. 207-208, Kn.715.

¹⁰⁵⁵ Federal Alman Anayasa Mahkemesi daha düşük kriterde olan bir şüpheyi benimsemiştir. Mahkemeye göre, karara esas alınan vakıaların doğruluğu veya tamlığı hususunda farklı bir değerlendirmenin mümkün olmasından ortaya çıkan şüphe dahi yeterli sayılır (BVerfG NJW 2003, 2524. Aynı yönde bkz. **Hirtz**, Wirkungskontrolle, A 62; **Balzer, Christian/Walther, Bianca**, Beweisaufnahme und Beweiswürdigung im Zivilprozess, 4. Aufl., Berlin 2018, s. 199, Kn. 367). Aksi yönde olan görüşe göre, salt farklı bir delil değerlendirilmesi imkanı tek başına makul şüphe yaratmaz ve istinaf mahkemesinin delilleri tekrar toplaması için yeterli değildir. Farklı değerlendirme imkanı, AMUK m. 286'nın delillerin serbestçe değerlendirilmesine içkindir (**Greger, Reinhard**, Tatsachenfeststellung durch das Berufungsgericht, NJW 2003, s. 2883; **Roth**, Einzelfallgerechtigkeit, s. 177-178; **Rimmelspacher, Bruno**, Die Bindung des Berufungsgerichts an die Beweiswürdigung in der ersten Instanz, JZ 2005/21, s. 1062; **Bley**, s. 85). Yine daha yüksek şüphe arayan ve bunu dar yorumlayan farklı istinaf mahkemesi kararları için bkz. **Schwarz**, Berufung, s. 209; **Doukoff**, s. 208, Kn. 716.

¹⁰⁵⁶ **Stein/Jonas/Althammer**, § 529, Kn. 17; **Hk-ZPO/Wöstmann**, § 529, Kn. 5; **Prütting/Gehrlein/Oberheim**, ZPO, § 529, Kn. 12; **Zöller/Heßler**, § 529, Kn. 2; **Balzer/Walther**, s. 199, Kn. 367; BGH NJW 2005, 1583; BGH MDR 2017/1, 17.

¹⁰⁵⁷ **Prütting/Gehrlein/Oberheim**, ZPO, § 529, Kn. 13; **Stein/Jonas/Althammer**, § 529, Kn. 19; **Doukoff**, s. 141, Kn. 513; **Bley**, s. 82; **Lange**, s. 57; BGH NJW 2004, 2828; BGH NJW 2006, 152.

¹⁰⁵⁸ **Doukoff**, s. 141, Kn. 513; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 137, Kn. 48, **Bley**, s. 81-82. Dolayısıyla örneğin istinaf davacısının ilk derece mahkemesindeki bilirkişi raporunun ikna edici olmadığını belirtmesi yeterli değildir (BGH NJW 2003, 3480).

¹⁰⁵⁹ **Rimmelspacher**, Berufungsgründe, s. 1901-1902; **MüKoZPO/Rimmelspacher**, § 529, Kn. 10-11; **Rimmelspacher, Bruno**, Die Rechtsmittel im Zivilprozeß nach der Reform, Jura 2002, s. 14; **Lange**, s. 140-141. *Heiderhoff*, *Rimmelspacher*'in AMUK m.529/1,1 hükmünün alanını sadece usule aykırılıklar ile sınırlandırmasını eleştirmektedir. Ona göre her ne kadar hatalı vakıa tespitleri esasen usule aykırılıklardan kaynaklansa da, kanun burada sınır olarak usule aykırılıklara atıf yapmamıştır (**Heiderhoff**, s. 492-493).

¹⁰⁶⁰ **Meyer-Seitz**, in: Hannich/Meyer-Seitz, § 529, Kn. 21-22; BGH NJW 2005, 1583.

dikkate alınması¹⁰⁶¹, çekişmesiz vakıaların çekişmeli veya çekişmeli vakıaların çekişmesiz sayılması¹⁰⁶², davayı aydınlatma ödevine aykırı davranılması¹⁰⁶³, delillerin değerlendirilmesinin (dosya içerisinde yer alan ifadeler ile kararın gerekçeleri arasında boşluklar bulunması veya çelişki olması yahut düşün kanunlarına veya tecrübe kurallarına aykırılık olması gibi nedenlerle) hatalı yapılması¹⁰⁶⁴, ispat yükü kurallarına aykırı davranılması¹⁰⁶⁵, karara esas alınan bilirkişi raporunun çelişkili, eksik veya güncel bilimsel verilere aykırı olması¹⁰⁶⁶, caiz olmayan delillere göre karar verilmesi¹⁰⁶⁷ veya ilk derece mahkemesince yapılan vakıa tespitlerinin istinaf mahkemesinin görevinden ötürü bildiği vakıalarla çelişmesi¹⁰⁶⁸, hallerinde¹⁰⁶⁹ ilk derece mahkemesinin tespitlerinin doğruluğu veya

¹⁰⁶¹ **Rixecker**, Fehlerkontrolle, s. 708-709; BGH NJW 2007, 2414.

¹⁰⁶² **Oberheim**, s. 168, Kn. 340; **Schwarz**, Berufung, s. 200; **Stein/Jonas/Althammer**, § 529, Kn. 19.

¹⁰⁶³ **Rimmelpacher**, Berufungsgründe, s. 1901; **Roth**, Einzelfallgerechtigkeit, s. 175; **Stöber, Michael**, Neues Berufungsvorbringen nach erstinstanzlicher Verletzung der richterlichen Hinweispflicht, NJW 2005, s. 3602 vd.

¹⁰⁶⁴ **Meyer-Seitz**, in: Hannich/ Meyer-Seitz, § 529, Kn. 21; **Rimmelpacher**, Berufungsgründe, s. 1901; **Doukoff**, s. 173, Kn. 614; **Stackmann, Nikolaus**, Fehlerkontrolle zu Beweisaufnahme und Beweiswürdigung nach ZPO-Berufungsrecht, JuS 2004/10, s. 881; **Yıldırım**, Hatalı Vakıa Tespitleri, s. 118; BGH NJW 1999, 3481; BGH NJW 2004, 1876. *Lange*'ye göre de, ilk derece hâkiminin delil değerlendirmesinde ilgili bütün hususları tam ve çelişkisiz bir şekilde dikkate alıp almadığı ve düşün kanunları veya tecrübe kurallarını ihlal edip etmediği istinaf mahkemesi tarafından denetlenir. Ayrıca, ilk derece mahkemesinin delillerin serbestçe değerlendirilmesine ilişkin AMUK m. 286/I'i ihlal etmesi bir usuli hata teşkil eder ve böyle bir usuli hatanın varlığı AMUK m. 529/I anlamında vakıa tespitinin yenilenmesini gerektiren somut dayanak noktasını ortaya çıkarır ve istinaf mahkemesine bizzat vakıa tespitleri yapma yolunu açar. Belirsiz olan husus, bunun ötesinde bir denetimin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğidir. Böylece ilk derece mahkemesi tarafından gerçekleştirilen delil değerlendirmesi, savunulabilir gözükmeye rağmen, sonuç itibarıyla istinaf mahkemesi ikna edici değilse ne olacağı sorusu cevaplandırılabilir. Bu soruya AMUK m. 529/I yorumuyla cevap verilebilir. Buna göre vakıa tespitlerinin yenilenmesi için her zaman somut dayanak noktalarının mevcut olması gerekir. Bu da bir usuli hatanın mevcut olması zorunluluğu bulunmaksızın, bütün hukuki, fiili veya mantıksal durumlardan ortaya çıkabilir. Bu yüzden istinaf mahkemesi diğer durumlardan dolayı yapılan tespitlerin doğruluğu ve tamlığı hususunda ikna olmamışsa, alt derece mahkemesince yapılan ve savunabilir olan bir delil değerlendirmesi ile bağlı değildir. (*Lange*, s. 70-71). Benzer yönde bkz. **Deubner**, s. 800; **Grunsky, Wolfgang**, Berücksichtigung neuen Tatsachenvortrags in der Berufungsinstanz, LMK 2005, s. 154709.

¹⁰⁶⁵ Bu husus esasen maddi hukukun hatalı uygulanmasıdır. **Doukoff**, s. 143, Kn. 20.

¹⁰⁶⁶ **Prütting/Gehrlein/Oberheim**, ZPO, § 529, Kn. 13; **Zöller/Hefler**, § 529, Kn. 9; **Musielak/Voit/Ball**, § 529, Kn. 18; BGH NJW 2004, 2828; BGH MDR 2006, 531; BGH NJW 2014, 74. Yine, ilk derece yargılamasında alınan ve davacının lehine olan bir bilirkişi raporunun istinaf mahkemesi tarafından hiç dikkate alınmaması, hukuki dinlenilme hakkını ihlal eder ve vakıa tespitlerinin doğruluğu veya tamlığı hususunda makul şüpheyi haklı kılacak somut dayanak noktalarını meydana getirir (BGH NJW-RR 2014, 1147; **Stein/Jonas/Althammer**, § 520, dp. 248).

¹⁰⁶⁷ **Wieczorek/Schütze/Gerken**, § 529, Kn. 20.

¹⁰⁶⁸ BT-Dr. 14/6036, s. 123 vd.

¹⁰⁶⁹ Geniş kapsamda bkz. **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 529, Kn. 8.

tamlığı hususunda makul şüpheyi haklı kılacak somut dayanak noktalarının mevcut olduğu kabul edilir¹⁰⁷⁰.

Makul şüpheyi haklı kılacak somut dayanak noktaları sadece usule aykırılıklardan meydana gelmez¹⁰⁷¹. İstinaf mahkemesinin vakıa tespitleri hakkında yapmış olduğu denetim, salt bir usuli denetim olmayıp, aksine onun ötesinde, bir vakıa mahkemesi olarak, içerik denetimidir¹⁰⁷². İstinaf mahkemesinin, vakıa tespitlerinin doğruluğu ve tamlığı hususunda ilk derece mahkemesinden farklı bir değerlendirme yapma ihtimalinin mevcut olduğu hallerde de makul şüpheyi haklı kılacak somut dayanak noktalarının mevcut olduğu kabul edilir. Bu durum özellikle istinaf mahkemesinin, ilk derece mahkemesinin yapmış olduğu delil değerlendirmesinden farklı bir değerlendirme yapması ihtimalinde söz konusu olur. Eğer ilk derece mahkemesince yapılan delil değerlendirmesi veya vakıa tespiti istinaf mahkemesi için ikna edici değilse, istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesince yapılan tespitlerle bağlı değildir¹⁰⁷³. Bu hallerde istinaf mahkemesinin vakıa tespitini yenilemesi sadece bir yetki değil aynı zamanda bir zorunluluktur¹⁰⁷⁴. Yine, şayet istinaf mahkemesi, delil ikamesi sonuçlarını, bir tanığın inandırıcılığını, taraflarca veya tanıklarca verilen bir ifadeyi, bilirkişi raporunu veya keşif tutanağındaki sonucu ilk derece mahkemesinden farklı şekilde değerlendirmek isterse, makul şüpheyi haklı kılacak somut dayanak noktalarının mevcut olduğu kabul edilir ve istinaf mahkemesince delil ikamesinin tekrarlanması zorunlu olduğu kabul edilir¹⁰⁷⁵. Ayrıca, caiz

¹⁰⁷⁰ **Prütting/Gehrlein/Oberheim**, ZPO, § 529, Kn. 13; **Schellhammer**, Zivilprozess, s. 496, Kn. 1007; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 529, Kn. 8; **Stein/Jonas/Althammer**, § 529, Kn. 19; **Hk-ZPO/Wöstmann**, § 529, Kn. 4-5; **Kramer**, Berufung, s. 160, Kn. 442; **Rimmelspacher**, Berufungsgründe, s. 1901; **Doukoff**, s. 141-142, Kn. 513; **Hirtz**, in: Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 226, Kn. 83; **Balzer/Walther**, s. 200 vd.

¹⁰⁷¹ **Zöller/Heßler**, § 529, Kn. 2; **Prütting/Gehrlein/Oberheim**, ZPO, § 529 Kn. 13; **Heiderhoff**, s. 493; **Roth**, Einzelfallgerechtigkeit, s. 177; **Hk-ZPO/Wöstmann**, § 529, Kn. 5; **Kramer**, Berufung, s. 160, Kn. 442; **Grunsky**, Berücksichtigung, s. 154709; **Lange**, s. 56-57. Karş. **Stackmann, Nikolaus**, Die Neugestaltung des Berufungs- und Beschwerdeverfahrens in Zivilsachen durch das Zivilprozeßreformgesetz, NJW 2002, s. 787.

¹⁰⁷² **Meyer-Seitz**, in: Hannich/ Meyer-Seitz, § 529, Kn. 24; **Roth**, Einzelfallgerechtigkeit, s. 177.

¹⁰⁷³ **Meyer-Seitz**, in: Hannich/ Meyer-Seitz, § 529, Kn. 24; **Roth**, Einzelfallgerechtigkeit, s. 177; BVerfG NJW 2003, 2524; BGH NJW 2004, 2751. Aksi yönde **Rimmelspacher**, Berufungsgründe, s. 1902; **MüKoZPO/Rimmelspacher**, § 520, Kn. 52; **Rimmelspacher**, Die Bindung, s. 1062; **Bley**, s. 85.

¹⁰⁷⁴ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 529, Kn. 8; **Zöller/Heßler**, § 529, Kn. 2; **Hk-ZPO/Wöstmann**, § 529, Kn. 5; **Prütting/Gehrlein/Oberheim**, ZPO, § 529 Kn. 13; BGH NJW 2005, 1583; BGH MDR 2017/1, 17.

¹⁰⁷⁵ BVerfG NJW 2003, 2524; BGH MDR 2017/1, 17; BGH NJW 2014, 2797; BGH NJW 2004, 1876; **Kramer**, Berufung, s. 160, Kn. 442; **Prütting/Gehrlein/Oberheim**, ZPO, § 529, Kn. 13; **Musielak/Voit/Ball**, § 529, Kn. 13-16; **Zöller/Heßler**, § 529, Kn. 2-8; **Wieczorek/Schütze/Gerken**, § 529, Kn. 22-38; **Stein/Jonas/Althammer**, § 529, Kn. 19,23; **Hk-ZPO/Wöstmann**, § 529, Kn. 4-5; **Doukoff**, s. 209-210, Kn. 719-728 **Nassall**, Zeugenvernehmung, s. 314, 323, 324.

yeni iddia ve savunma araçları da (AMUK m. 529/I, 2 ve m. 531/II) bizatihi ilk derece mahkemesince tespit edilen vakıaları şüpheli hale getirecek somut dayanak noktaları olabilir¹⁰⁷⁶.

İstinaf mahkemesince vakıa tespitlerinin yenilenmesi için mevcut olması gereken son unsur gerekliliktir. Hatalı veya eksik vakıa tespitlerinin, ilk derece mahkemesinin kararının yanlış olmasına neden olması halinde, vakıa tespitinin yenilenmesi gerekir¹⁰⁷⁷. Bu nedenle, istinaf mahkemesince, doğruluğu veya tamlığı hususunda makul şüphe bulunan vakıa tespitleri, ilk derece mahkemesinin kararı bakımından önemli olan vakıalara ilişkin olmalıdır¹⁰⁷⁸. Bu bağlamda örneğin, olayda başka bir delil sonucunun mevcut olması ihtimali somut olarak bulunuyorsa, vakıa tespitlerinin yenilenmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁷⁹. Yine, istinaf mahkemesince vakıanın, ilk derece kararından farklı olarak, gerçekleşmiş veya gerçekleşmemiş olarak değerlendirildiği hallerde veya istinaf mahkemesinin ikame edilen bir delili ilk derece mahkemesinden farklı olarak değerlendirdiği durumlarda yahut delil ikamesinin tekrarlanması zorunlu olduğu hallerde de vakıa tespitlerinin yenilenmesi gerekir¹⁰⁸⁰.

Son olarak, Federal Mahkemeye göre, ilk derece mahkemesince tespit edilen vakıaların doğruluğu veya tamlığı hususunda makul şüpheyi haklı kılacak somut dayanak noktalarının mevcut olup olmadığını ve vakıa tespitlerinin yenilenmesinin gerekip gerekmediğini, istinaf mahkemesi re'sen araştırmalıdır. Her ne kadar, istinafın gerekçelendirilmesine ilişkin düzenleme uyarınca (AMUK m. 520/III, 3), tarafların vakıa tespitlerine ilişkin itirazlarını bir istinaf sebebi olarak ileri sürmeleri gerekmekteyse de, bu düzenleme istinaf mahkemesinin vakıa tespitlerine ilişkin denetiminin kapsamına ilişkin olmayıp, istinaf başvurusunun caizliğine ilişkindir. İstinaf mahkemesinin, ilk derece mahkemesi kararının içeriğini fiili (maddi) mesele yönünden denetimi bakımından belirleyici olan yegane hüküm AMUK m. 529/I'dir. İstinaf mahkemesinin bu denetimi yapabilmesi için caiz bir istinaf başvurusunun yapılmış olması yeterlidir. Temyiz mahkemesinin (AMUK m. 559) aksine, istinaf

¹⁰⁷⁶ Vorwerk, s. 9; Lange, s. 41.

¹⁰⁷⁷ Musielak/Voit/Ball, § 529, Kn. 11.

¹⁰⁷⁸ Stein/Jonas/Althammer, § 529, Kn. 22; Prütting/Gehrlein/Oberheim, ZPO, § 529, Kn. 15; Lange, s. 52.

¹⁰⁷⁹ BT-Dr. 14/6036, s. 123; BGH NJW 2004, 1876, BGH NJW 2004, 2828; Hk-ZPO/Wöstmann, § 529 Kn. 7; Doukoff, s. 208, Kn. 717.

¹⁰⁸⁰ Musielak/Voit/Ball, § 529, Kn. 11-13; Hk-ZPO/Wöstmann, § 529, Kn. 4-8; Stein/Jonas/Althammer, § 529, Kn. 22-23; Prütting/Gehrlein/Oberheim, ZPO, § 529, Kn. 15; Meyer-Seitz, in: Hannich/ Meyer-Seitz, § 529, Kn. 36; Doukoff, s. 209-210, Kn. 718-728. Daha dar kapsamda karşı. Rimmelpacher, Berufungsgründe, s. 1903; MüKoZPO/Rimmelpacher, § 529, Kn. 15-16.

mahkemesinin değerlendirmesi, sadece tarafların ilk derece mahkemesi kararından veya tutanaklardan çıkarılan beyanlarıyla sınırlı değildir. Caiz bir istinaf başvurusu üzerine, dava dosyasından ilk derece yargılaması sırasında getirildiği anlaşılan tüm dava malzemesi doğrudan doğruya istinaf derecesine aktarılır. İstinaf mahkemesi, vakıa tespitlerinin denetimi bakımından, taraflarca ileri sürülen istinaf sebepleri ile bağlı değildir. Dolayısıyla, taraflarca ileri sürülen istinaf sebepleri arasında vakıa tespitlerine yönelik itiraz yer almasa bile, istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin vakıa tespitlerinin doğru ve tam olup olmadığını re'sen denetlemeli ve olası yanlışları düzeltmelidir. Nitekim, Reform Kanunu gerekçesinde de, ilk derece mahkemesinin tam ve ikna edici olarak yapmış olduğu vakıa tespitlerinin istinaf mahkemesi için bağlayıcı olduğu¹⁰⁸¹ belirtmiştir. Bu nedenlerle, istinaf mahkemesi, örneğin, ilk derece mahkemesinin delillerin değerlendirilmesi bakımından önem taşıyan bir vakıayı veya delil dilekçesini dikkate almadığını fark ederse, istinaf davacısının bu konuda bir itirazı olmasa dahi, makul şüphenin somut dayanak noktalarının mevcut olduğunu kabul etmeli ve yeniden vakıa tespiti yapmalıdır¹⁰⁸². İstinaf mahkemesi, bu kapsamda yeniden vakıa tespiti yapılmasına ilişkin şartlar (AMUK m. 529/I) söz konusu olmasına rağmen bunu gerçekleştirmemişse, temyizi kabil bir hukuka aykırılık söz konusu olur¹⁰⁸³.

2. Yeni Vakıa Tespiti

İstinaf sebebi olarak vakıanın yeniden tespitinin gerekli olduğu bir diğer hal, taraflarca yeni iddia ve savunma araçlarının ileri sürülebildiği durumlardır (AMUK m. 529/I, 2 ve m. 531/II). Bu halde, ilk derece mahkemesince yapılan vakıa tespitlerinin hatalı veya eksik olması nedeniyle vakıa tespitlerinin yenilenmesi değil, kanun tarafından taraflara istinaf aşamasında

¹⁰⁸¹ BT-Dr. 14/4722, s. 64, 100.

¹⁰⁸² BGH NJW 2004, 1876, 1878; BGH NJW 2005, 1583; BGH NJW 2005, 983, 984. Aynı yönde: **Gaier**, Berufungsverfahren, s. 2043; **Roth**, Einzelfallgerechtigkeit, s. 175; **Meyer-Seitz**, in: Hannich/ Meyer-Seitz, § 520, Kn. 19; **Prütting/Gehrlein/Oberheim**, ZPO, § 529, Kn. 14; **Hirtz**, in: Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 227, Kn. 87; **Hirtz**, Die Bindung des Berufungsgerichts, s. 218; **Hk-ZPO/Wöstmann**, § 529, Kn. 11 ve § 520, Kn. 28; **Musielak/Voit/Ball**, § 529, Kn. 23; **Zöller/Heßler**, § 529, Kn. 12; **Stein/Jonas/Althammer**, § 529, Kn. 20, 35; **Manteuffel, Kerstin**, Die erneute Tatsachenfeststellung in der Berufung, NJW 2005, s. 2964 -2965; **Vorwerk**, s. 7; **Schwarz**, Berufung, s. 243; **Nassall**, NJW 2012, s. 116. Aksi (itiraz yükü -Rügeobliegenheit- olduğu) yönde: **Rimmelspacher**, Berufungsrichter, s. 16; **MüKoZPO/Rimmelspacher**, § 529, Kn. 31; **Unberath**, s. 340 vd.; **Rimmelspacher**, Die Bindung, s. 1062; **Wieczorek/Schütze/Gerken**, § 529, Kn. 21; **Lechner**, s. 3596; **Baumann**, s. 79 vd.; **Stackmann, Nikolaus**, Anwaltliche Rügepflicht und berufsgerichtliche Prüfungspflicht, NJW 2004, s. 1838-1839; **Bley**, s. 78-80; **Gehrlein, Markus**, Erste Erfahrungen mit der reformierten ZPO- Erstinstanzliches Verfahren und Berufung, MDR 2003, s. 428; **Crückeberg, Harald**, Tatsachenfeststellungen im Urteil der ersten Instanz, MDR 2003, s. 200 -201; **Rixecker**, Fehlerkontrolle, s. 709.

¹⁰⁸³ BGH NJW 2004 2828; **Zöller/Heßler**, § 529 Kn. 15; **Stein/Jonas/Althammer**, § 529, Kn. 39; **Baumann**, s. 193; **MüKoZPO/Rimmelspacher**, § 529, Kn. 36; **Lange**, s. 76; **Löhnig, Martin**, Der Prozessstoff des Berufungsverfahrens aus Sicht der Revision, FamRZ 2004, s. 246-247.

yeni vakıa ve delil ileri sürübilme imkanının tanınması nedeniyle yeni vakıa tespiti söz konusudur¹⁰⁸⁴.

Yeni vakıa beyanları, ilk derece mahkemesindeki son sözlü duruşmanın bitimine kadar ileri sürülmeyen beyanlardır¹⁰⁸⁵. Yeni beyanlarının ileri sürülebilmesi, AMUK m. 530 ve 531'de yer alan koşulların yerine getirilmesine bağlıdır. Buna göre, istinafin gerekçelendirilmesi süresi içinde ileri sürülmeyen beyanlar, kural olarak, dikkate alınmaz (AMUK m. 530). İlk derece mahkemesince reddedilen beyanlar, şayet bu ret haklı ise, istinaf mahkemesi önünde ileri sürülemez. Ancak bu ret haksız ise, bunların yeni beyanlar olarak ileri sürülmesine izin verilir (AMUK m. 531/I). Yeni beyanlar, şu hallerde istinaf mahkemesi önünde ileri sürülebilirler (AMUK m. 531/II);

a) İlk derece mahkemesinin açıkça göz önünde tutmadığı veya önemsiz addettiği bir bakış açısına ilişkin beyanlar, istinaf mahkemesinde ileri sürülebilir (AMUK m. 531/II, 1). Bu durum esasen istinaf mahkemesinin maddi hukuk yönünden ilk derece mahkemesinden farklı bir değerlendirme yapması ve istinaf mahkemesinin bakış açısına göre¹⁰⁸⁶ taraflarca ilk derece aşamasında getirilen taraf beyanlarının eksik olması halinde söz konusu olur¹⁰⁸⁷.

b) İlk derece mahkemesince yapılan bir usule aykırılık nedeniyle ileri sürülemeyen beyanlar, istinaf mahkemesi önüne getirilebilir (AMUK m. 531/II, 2). Bu durum özellikle ilk derece mahkemesi hâkiminin hatalı bir şekilde davayı yanlış yürütmesi halinde söz konusu olur¹⁰⁸⁸. Yine, ilk derece mahkemesi hâkiminin maddi anlamda davayı sevk ödevi kapsamında

¹⁰⁸⁴ Längsfeld, s. 366; Meller-Hannich, ZPR, s. 159, Kn. 534.

¹⁰⁸⁵ Grunsky, Wolfgang, Zum Tatsachenstoff im Berufungsverfahren nach der Reform der ZPO, NJW 2002, s. 800; Hk-ZPO/Wöstmann, § 531, Kn. 6; Stein/Jonas/Althammer, § 529, Kn. 29; Musielak/Voit/Ball, § 531, Kn. 14a; Hirtz, in: Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 236, Kn. 132-133;

¹⁰⁸⁶ İstinaf mahkemesi ile ilk derece mahkemesinin farklı bakış açısının konusu maddi (fiili) veya hukuki meseleler olabilir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, bu bakış açısı farklılığının önemli ve farklı bir karar verilmesini gerektirecek olmasıdır. Schellhammer, Zivilprozess, s. 515, Kn. 1042; Baumann, s. 135; MüKoZPO/Rimmelspacher, § 531, Kn. 20-21; Lange, s. 90.

¹⁰⁸⁷ Kramer, Berufung, s. 174, Kn. 472; Baumann, s. 135; Musielak/Voit/Ball, § 531 Kn. 17.

¹⁰⁸⁸ Rimmelspacher, Berufungsgründe, s. 1904; Kramer, Berufung, s. 174-175, Kn. 473; Lange, s. 92; Bley, s. 61.

(AMUK m.139) hukuken yapması gereken işaret etme ve uyarıda bulunma görevini yerine getirmediği için¹⁰⁸⁹ ileri sürülemeyen vakıalar, istinaf mahkemesinde ileri sürülebilir¹⁰⁹⁰.

c) İlk derece mahkemesinde ileri sürülmemeleri tarafın kusuruna dayanmayan beyanlar, istinaf mahkemesi önünde ileri sürülebilirler (AMUK m. 531/II, 3). Bu durum iki gruba ayrılarak ele alınmaktadır. İlk olarak, ilk derece yargılamasındaki sözlü duruşmanın bitiminden sonra ortaya çıkan vakıalar (*nova producta*), istinaf mahkemesi önüne getirilebilir. Zira bu vakıaların taraflarca ilk derece yargılamasında ileri sürülebilmeleri mümkün değildir¹⁰⁹¹. Bu bağlamda örneğin, ilk derece yargılamasının sonra ermesinden sonra ortaya çıkan zamanaşımı def'i¹⁰⁹² veya yeni bir delil de istinaf mahkemesinde ileri sürülebilir¹⁰⁹³. İkinci olarak, ilk derece yargılamasındaki sözlü duruşmanın tamamlanmasından önce mevcut olan vakıalar (*nova reperta*), taraflarca ilk derece yargılamasının sonuna kadar bilinmiyor ve bilinmesi de gerekmiyorsa, istinaf aşamasında ileri sürülebilir¹⁰⁹⁴. Bununla beraber taraflar, yargılamanın yürütülmesinin yoğunlaştırılmasına (konsantrasyonuna) ilişkin davayı yürütme ödevlerine aykırılık yaptıkları takdirde kusurlu kabul edilirler ve kendileri bakımından geçerli olan bu ödevde aykırılıktan dolayı ileri süremedikleri vakıaları, istinaf mahkemesi önüne getiremezler¹⁰⁹⁵. Dolayısıyla taraflar, ilk derece yargılamasında karar için önemli olan vakıaları ve delilleri biliyor veya bilmesi gerekiyorsa yahut karar için önemli olan delillere ulaşmış veya ulaşabilecek durumda ise, bunları istinaf aşamasında ileri süremezler¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁸⁹ Hâkimin maddi anlamda davayı yürütmesi ödevinin (AMUK m. 139) her türlü ihlali bu kapsamda yer alır. Bu bağlamda örneğin, hâkimin AMUK m. 139 uyarınca taraflara beyanlarını yazılı olarak bildirebilmeleri için süre vermemesi de AMUK m. 531/II, 2 kapsamında yer alır. **Kramer**, Berufung, 174-175, Kn. 473; **Fellner, Christoph**, Berücksichtigung eines neuen Sachvortrags mit neuen Angriffs und Verteidigungsmitteln und die Folgen in der Berufungsinstanz, MDR 2004, s. 242.

¹⁰⁹⁰ **Heiderhoff**, s. 495; **Rimmelpacher**, Berufungsgründe, s. 1904; **Kramer**, Berufung, s. 174-175, Kn. 473; **Fellner**, s. 242; **Hirtz**, in: Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 239-240, Kn. 152.

¹⁰⁹¹ **Meyer-Seitz**, in: Hannich/Meyer-Seitz, § 531 Kn. 18; **Rimmelpacher**, Berufungsgründe, s. 1904; **Meller-Hannich**, ZPR, s. 159, Kn. 534; **Stein/Jonas/Althammer**, § 531, Kn. 17; **Hirtz**, in: Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 240, Kn. 155; **Prütting/Gehrlein/Oberheim**, ZPO, § 531, Kn. 17; **Oberheim**, s. 174, Kn. 357; **Fellner**, s. 243; **Lange**, s. 93; BGH NJW-RR 2012, 110. *Kramer*'de aynı görüşte olmakla beraber *nova producta* -*nova reperta* yerine *echte Noven* (gerçek yeni beyanlar)- *unechte Noven* (sahte yeni beyanlar) tabirini kullanmaktadır (**Kramer**, Berufung, s. 172, Kn. 469).

¹⁰⁹² **Meller-Hannich, Caroline**, Zur Präklusion der Verjährungseinrede in der Berufungsinstanz, NJW 2006, s. 3387-3388.

¹⁰⁹³ **MüKoZPO/Rimmelpacher**, § 531, Kn. 26.

¹⁰⁹⁴ **Fellner**, s. 243; **Baumann**, s. 139; **Lange**, s. 93; **Hirtz**, in: Eichele/Hirtz/Oberheim, s. 240, Kn. 155; **Rimmelpacher**, Berufungsgründe, s. 1904; **Schellhammer**, Zivilprozess, s. 516, Kn. 1044.

¹⁰⁹⁵ BGH NJW 2004, 2152; **Hk-ZPO/Wöstmann**, § 531, Kn. 9; **Stein/Jonas/Althammer**, § 531, Kn. 18.

¹⁰⁹⁶ **Rimmelpacher**, Berufungsgründe, s. 1904; **MüKoZPO/Rimmelpacher**, § 531, Kn. 28-29; **Gaier**, Berufungsverfahren, s. 2045.

II. Temyiz Sebepleri ve Denetimi

A. Genel Olarak

Temyiz sebepleri, AMUK m. 545'de temyiz sebepleri başlığı altında açıkça düzenlenmiştir. AMUK m. 545/I'e göre; temyiz, sadece kararın hukuka aykırılığına dayandırılabilir. Diğer bir ifadeyle, itiraz edilen karar bir hukuka aykırılığa dayanıyorsa ve bu hukuka aykırılık ile karar arasında bir illiyet bağı mevcut ise temyiz kanun yoluna başvurulabilir¹⁰⁹⁷. Hukuka aykırılık, bir hukuk kuralının hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanmasıdır (AMUK m. 546). Hukuka aykırılık; maddi hata - usuli hata, uygulama hatası, yorum hatası, atılma hatası veya takdir hatası şeklinde gerçekleşebilir¹⁰⁹⁸.

Temyiz mahkemesi, istinaf mahkemesinin kararını, fiili yönden değil, sadece hukuki yönden denetler. Temyiz mahkemesi, bu denetimini istinaf mahkemesi tarafından tespit edilen fiili ve ihtilaflı duruma dayandırır. Taraflarca ileri sürülen yeni fiili beyanlar kural olarak temyiz mahkemesince dikkate alınmazlar (AMUK m 559/I). İstinaf mahkemesince tespit edilen vakıalar, bir maddi hukuka aykırılığa (söz gelimi yorum kurallarının yanlış değerlendirilmesine) dayanmadığı veya bir usule aykırılıktan etkilenmediği ve bu usule aykırılıktan dolayı usulüne uygun bir şekilde itiraz edilmediği (AMUK m. 551/III, 2b) sürece, temyiz mahkemesi için bağlayıcıdır (AMUK m. 559/II)¹⁰⁹⁹. Dolayısıyla temyiz mahkemesi, bir üçüncü vakıa derecesi değildir (*keine dritte Tatsacheninstanz*). Temyiz mahkemesi, itiraz edilen kararın yalnızca hukuki yönden denetimine hizmet eden bir hukuki itiraz mahkemesi (*Rechtsrügegericht*) ve dolayısıyla bir hukuki kontrol derecesi (*Rechtskontrollinstanz*) dir¹¹⁰⁰.

B. Hukuka Aykırılık

İstinaf mahkemesi kararının bir hukuka aykırılığa dayanması temyiz sebebidir (AMUK m. 545/I). Temyizin haklı ve başarılı olabilmesi için, öncelikle temyiz edilebilir/temyizi kabul bir hukuk kuralına (*revisibles Recht*) aykırılık söz konusu olmalıdır. İkinci olarak, istinaf

¹⁰⁹⁷ Musielak/Voit/Ball, § 545, Kn.1, 11; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 545, Kn.1; Hk-ZPO/Koch, § 545, Kn. 1; Stein/Jonas/Jacobs, § 545, Kn. 1; Nassall, Revision, s. 119, Kn. 584.

¹⁰⁹⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 20-26, 31; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 23, 26, 27, 28; Schilken, ZPR, s. 436, Kn. 947; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 31, 33. Hukuka aykırılık türleri için detaylı olarak bkz. § 3/III/B.

¹⁰⁹⁹ Hk-ZPO/Koch, § 546, Kn. 1-2; Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 2; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 546, Kn. 1; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 1-2; Jauernig/Hess, § 74, Kn. 32; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 545, Kn. 1; Schilken, ZPR, s. 432, Kn. 937.

¹¹⁰⁰ Grunsky/Jacoby, s. 231, Kn. 696; Schilken, ZPR, s. 432, Kn. 937; AK-ZPO/Ankermann, § 549, Kn. 1.

mahkemesi kararının bu hukuka aykırılığa dayanması (*Beruh*en), yani karar ile hukuka aykırılık arasında illiyet bağının (*Kausalität*) mevcut olması ve ihlal edilen hukuk kuralının sonucu etkilemesi gerekir (AMUK m. 545/I, 546, 561)¹¹⁰¹.

1. Temyiz Edilebilir Hukuk

Her hukuk kuralının ihlali temyizi haklı çıkarmaz. Bir temyiz sebebi olarak hukuka aykırılığın söz konusu olabilmesi için, ihlal edilen hukuk kuralının temyiz edilebilir bir hukuk kuralı olması gerekir. Bu bağlamda temyiz edilebilir hukuk kuralları şunlardır¹¹⁰²;

a) Öncelikle hukuk kuralı/normu kavramı şekli anlamda değil, maddi anlamda anlaşılmalıdır. Yani, bağlayıcı bir hukuk kuralı oluşturma konusunda yetkili bir organ tarafından, kamu hukukunun öngördüğü şekillerde geçerli olarak çıkarılan ve genel olarak bağlayıcı olan her hukuk normu, AMUK m. 545 ve m. 546 anlamında bir hukuk kuralıdır. Bu nedenle, maddi anlamda hukuk kuralı kavramı çok geniştir. Bu noktada hukuk kuralının bir yasa şeklinde olup olmadığı, kamu hukukuna mı yoksa özel hukuka mı ait olduğu, maddi hukuku mu yoksa usul hukukunu mu düzenlediği veya bir kanunlar ihtilafı kuralı mı olduğu önemsizdir¹¹⁰³.

b) Federal hukuk kuralları, temyiz edilebilir hukuk kurallarıdır. Bu bağlamda federal hukuk, Federal Alman Cumhuriyeti'nin yetkili organları tarafından çıkarılan tüm düzenlemelerdir. Buna göre, federal anayasa, yasa, tüzük ve örf - adet hukuku kuralları, federal hukuk kurallarıdır. Ayrıca Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (AMHÖK)'da, tartışmasız bir şekilde, federal yasadır. İdari makamların yaptığı düzenlemeler (idari emirler ve yönergeler gibi), sadece yetkililere yönelik dahili resmi talimatları temsil etmeyip, aynı zamanda üçüncü kişilerin taleplerinin dayanağını da oluşturuyorsa veya bağlayıcı bir yasal yükümlülük yaratıyorsa, yani dışsal bir etkiye (*Außenwirkung*) sahiplerse, maddi anlamda bir

¹¹⁰¹ Stein/Jonas/Jacobs, § 545, Kn. 1; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 545, Kn. 4-8; Zöller/Heßler, § 545, Kn. 1; Jauernig/Hess, § 74, Kn. 36; May, Revision, s. 320, Kn. 1-2.

¹¹⁰² Hk-ZPO/Koch, § 545, Kn. 2-7; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 545, Kn. 14-20; Stein/Jonas/Jacobs, § 545, Kn. 10-13; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 1-7; MüKoZPO/Krüger, § 545, Kn. 3-8; Nassall, Revision, s. 120 vd.; Jauernig/Hess, § 74, Kn. 36-39; Grunsky/Jacoby, s. 234, Kn. 709; Schilken, ZPR, s. 436, Kn. 946; Zöller/Heßler, § 545, Kn. 2-5; AK-ZPO/Ankermann, § 549, Kn. 2-5; Thomas/Putzo/Reichold, § 545, Kn. 3-6; Musielak/Voit/Ball, § 545, Kn. 2-5; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 545, Kn. 1 May, Revision, s. 334 vd.

¹¹⁰³ Wiczorek/Schütze/Prütting, § 545, Kn. 9-10; Stein/Jonas/Jacobs, § 545, Kn. 5; Thomas/Putzo/Reichold, § 545, Kn. 3; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 545, Kn. 10; May, Revision, s. 322, Kn. 7 ve s. 325, Kn. 16; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 1-5.

hukuk kuralı olarak kabul edilirler. İlaveten, onaylanan ve ilan edilen devletlerarası anlaşmalar, uluslararası kamu hukuku kuralları ile uluslararası teamül hukuku kuralları da federal hukuka dahildir¹¹⁰⁴.

c) 1.09.2009 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik öncesi eski AMUK m. 545'e göre temyiz sadece, federal hukuka veya geçerlilik kapsamı bir yüksek eyalet mahkemesini aşan eyalet hukukuna aykırılığa dayandırılabilmekteydi¹¹⁰⁵. Yeni düzenleme ile artık federal hukuk-eyalet hukuku ayrımı kaldırılıp onun yerine temyiz hukuka ayrılığa dayandırılabilceği esası getirilmiştir. Buna göre, artık eyalet hukuku kuralları, herhangi bir sınırlama olmaksızın temyiz edilebilir hukuk kurallarıdır¹¹⁰⁶. Ayrıca, yerel hukuk (*Ortsrecht*) ve hatta yerel örf adet hukuku kuralları (*örtliches Gewohnheitsrecht*) da temyiz edilebilir hukuk kuralları kapsamına dahildir¹¹⁰⁷.

d) Avrupa Birliği Hukuku kuralları da temyiz edilebilir hukuk kurallarıdır. Ancak birlik hukukunun geçerliliği ve yorumu hakkında Avrupa Birliği Adalet Divanı karar verir ve bu karar Alman mahkemelerini ve dolayısıyla temyiz mahkemesini de bağlar¹¹⁰⁸. Bununla beraber, temyiz mahkemesi, karar bakımından öncelikli olarak uygulanması gereken birlik hukuku kurallarının mevcut olup olmadığını, istinaf mahkemesinin Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın içtihatlarına uyup uymadığını veya birlik hukukunun geçerliliği veya doğru uygulanmasının makul bir şüpheye yer bırakıp bırakmadığını denetleyebilir¹¹⁰⁹. Şayet birlik hukukunun doğru uygulanması makul bir şüpheye yer bırakmayacak kadar açıksa, Avrupa Birliği Adalet

¹¹⁰⁴ **MüKoZPO/Krüger**, § 545, Kn. 3-4; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 545, Kn. 14-20; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 10; ; **Nassall**, Revision, s. 120, Kn. 586; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 3, 7; **Hk-ZPO/Koch**, § 545, Kn. 3; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 545, Kn. 14; **Zöller/Heßler**, § 545, Kn. 2; **Musielak/Voit/Ball**, § 545, Kn. 2-3; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 545, Kn.1.

¹¹⁰⁵ **AK-ZPO/Ankermann**, § 549, Kn. 4; **May**, Revision, s. 337, Kn. 43; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 545, Kn. 2; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 12; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 545, Kn. 17.

¹¹⁰⁶ **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 545, Kn. 2-5; **Hk-ZPO/Koch**, § 545, Kn. 1a, 6; **MüKoZPO/Krüger**, § 545, Kn. 6; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 545, Kn. 18; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 12; **Musielak/Voit/Ball**, § 545, Kn. 4.

¹¹⁰⁷ **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 545, Kn. 21; **MüKoZPO/Krüger**, § 545, Kn. 10; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 12; **Hk-ZPO/Koch**, § 545, Kn. 9; **Zöller/Heßler**, § 545, Kn. 3, 5.

¹¹⁰⁸ **Musielak/Voit/Ball**, § 545, Kn. 5; **Hk-ZPO/Koch**, § 545, Kn. 7; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 545, Kn. 20; **MüKoZPO/Krüger**, § 545, Kn. 7; ; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 13.

¹¹⁰⁹ **MüKoZPO/Krüger**, § 545, Kn. 7; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 13; **AK-ZPO/Ankermann**, § 549, Kn. 5.

Divanı'na başvurulmasına gerek kalmaz¹¹¹⁰. Aksi durumda, temyiz mahkemesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı'ndan bir ön karar almak ve buna uymak zorundadır¹¹¹¹.

e) Federal hukuk ve eyalet hukuku dışında normatif karaktere sahip başka düzenlemeler de vardır. Bu bağlamda, toplu sözleşmelerin normatif kısımları, kamu kurumlarının genel sigorta koşulları ve sosyal sağlık sigortası kurumlarının normatif düzenlemeleri de temyiz edilebilir hukuk kuralları olarak kabul edilirler¹¹¹². Resmi veya özel makamlar tarafından hazırlanan tablolar (söz gelimi motorlu taşıt kullanımından kaynaklanan tazminat için hazırlanan tablolar veya bir istinaf mahkemesinin nafaka için hazırladığı tablolar) normatif karaktere sahip değildirler. Buna karşılık kanun hükmünde olan tablolar (örneğin AMUK m. 850c) normatif karaktere sahip olup temyiz edilebilir hukuk kuralları kapsamında dahildirler¹¹¹³.

Bunlara karşılık, somut davadaki vakıalar, örf ve adet kuralları, ticari teamüller, düşün kanunları ve tecrübe kuralları, kural olarak özel hukuk tüzel kişilerinin tüzükleri, dışsal etkiye sahip olmayan idari düzenlemeler ve iç hizmet yönergeleri, özel hukuk işlemleri ve genel işlem şartları, resmi makamlar tarafından resmi onay yoluyla hukuk kuralı niteliği verilmedikçe özel kuruluşlar tarafından yayınlanan ve kabul gören teknoloji kuralları, maddi anlamda hukuk normu niteliğine sahip değildir. Bununla beraber, tecrübe kuralları, düşün kanunları, çok/belirsiz sayıda kişi veya konuyu etkileyen özel hukuk tüzel kişilerinin tüzükleri ve genel işlem şartları hukuk kuralı gibi ele alınmaktadır¹¹¹⁴.

¹¹¹⁰ **Hk-ZPO/Koch**, § 545, Kn. 7; **Musielak/Voit/Ball**, § 545, Kn. 5; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 545, Kn. 1; BGH NJW 1996, 198, 200.

¹¹¹¹ **MüKoZPO/Krüger**, § 545, Kn. 7; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 545, Kn. 20; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 13.

¹¹¹² **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 545, Kn. 19; **MüKoZPO/Krüger**, § 545, Kn. 6; **Hk-ZPO/Koch**, § 545, Kn. 3.

¹¹¹³ **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 6.

¹¹¹⁴ **Musielak/Voit/Ball**, § 545, Kn. 2; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 6-7; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 545, Kn. 12; **MüKoZPO/Krüger**, § 545, Kn. 3, 8; **Hk-ZPO/Koch**, § 545, Kn. 4; **Schilken**, ZPR, s. 436, Kn. 946; **Zöller/Heßler**, § 545, Kn. 6.

2. Temyiz Edilemez/Yabancı Hukuk

a. Genel Olarak

Alman hukukunda, yabancı hukuk, bir fiili (maddi) mesele değil, hukuki mesele olarak kabul edilmektedir¹¹¹⁵. Bununla beraber, daha önce ifade edildiği üzere, AMUK m. 545/I’de 2009 tarihinde yapılan değişiklik öncesinde, sadece “federal hukuka veya geçerlilik kapsamı bir yüksek eyalet mahkemesini aşan hukuka aykırılıklar” temyiz sebebi olarak düzenlenmişti. İşte bu dönemde, gerek öğretideki hâkim görüş gerekse de yargı kararları, yabancı hukuk uygulamasının temyiz edilemez (*nicht revisibles Recht*) olduğunu kabul etmekteydi¹¹¹⁶. 2009 yılında yapılan değişikikten sonra AMUK m. 545/I’ e göre sadece “hukuka aykırılık” bir temyiz sebebidir. Temelde bu değişikikten hareketle öğretideki bir görüşe göre artık yabancı hukukun hatalı uygulanması da temyiz edilebilir bir hukuka aykırılık oluşturur¹¹¹⁷.

Buna karşılık öğretideki hâkim fikre göre, yabancı hukukun hatalı bir şekilde uygulanması bir temyiz sebebi değildir¹¹¹⁸. Her ne kadar yeni düzenlemede genel olarak “hukuka” aykırılık kavramı kullanılmış olsa da bu değişikliğin amacı “yabancı hukuku” değil, herhangi bir sınırlandırma olmaksızın “eyalet hukukunu” temyiz edilebilir hukuk kategorisine

¹¹¹⁵ **Schütze**, Feststellung und Revisibilität, s. 93; **Wiedemann**, s. 82; **Hübner**, s. 75-76; **Spickhoff**, s. 286-287; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 5; **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 111; **MüKoZPO/Prütting**, § 293, Kn. 1; **Eichel**, s. 390; **Jacobs/Frieling**, s. 138.

¹¹¹⁶ **Schütze, Rolf A.**, Zur Revisibilität ausländischen Rechts, NJW 1970, s. 1584; **AK-ZPO/Ankermann**, § 549, Kn. 8; **Schütze**, Feststellung und Revisibilität, s. 98; **Wiedemann**, s. 4-5; **Kerameus, Konstantinos D.**, Revisibilität ausländischen Rechts ZJP 99 (1989), s. 171; **Holzheid**, s. 8; **Pfeiffer**, Die revisionsrichterliche Kontrolle, s. 3306-3308; BGH NJW 1988, 647; BGH NJW 1991, 2214; BGH NJW-RR 1996, 732; BGH NJW 2003, 2685, 2686. Bununla beraber o dönemde de olması gereken hukuk açısından (*de lege ferenda*) yabancı hukuk uygulamasının da temyiz edilebilir olması gerektiği yönünde bkz. **Schütze**, Feststellung und Revisibilität, s. 98; **Wiedemann**, s. 218 vd.; **Spickhoff**, s. 276, 291. **Schwinge**’ye göre, yabancı hukuk bakımından kamunun ve mahkemelerin yeknesak bir yoruma ve uygulamaya duyduğu ihtiyaç, çoğu kez birçok milli hukuk normundan daha elzemdir. Bu nedenle yabancı hukuk da temyiz mahkemesince denetlenebilir olmalıdır (**Schwinge**, s. 71).

¹¹¹⁷ **Eichel**, s. 389 vd.; **Hess, Burkhard/Hübner, Rudolf**, Die Revisibilität ausländischen Rechts nach der Neufassung des § 545 ZPO, NJW 2009, s. 3132; **Schall, Alexander**, Deutsche Case Law? – zur Anwendung englischen Rechts unter § 293 ZPO, ZJP 112 (2009), s. 321; **Aden**, s. 475; **Hübner**, s. 376 vd.; **Riehm**, Zur Revisibilität, s. 78; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 5; **Zöller/Geimer**, § 293, Kn. 28; **Prütting**, Die Überprüfung ausländischen Rechts, s. 450; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 545, Kn. 25; **Jauernig/Hess**, § 74, Kn. 39.

¹¹¹⁸ **Zöller/Heßler**, § 545, Kn. 8; **Hk-ZPO/Koch**, § 545, Kn. 10; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 545, Kn. 5; **Musielak/Voit/Ball**, § 545, Kn. 7; **Schilken**, ZPR, s. 435, Kn. 945; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 545, Kn. 8/9; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 545, Kn. 6; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 19, 21; **Stamm, Jürgen**, Zur fehlenden Revisibilität ausländischen Rechts, FS Klamaris, Bd. 2, 2016, s. 780; **Roth, Herbert**, Die Revisibilität ausländischen Rechts und die Klugheit des Gesetzes, NJW 2014, s. 1224 vd.; **Sturm, Fritz**, Wegen Verletzung fremden Rechts sind weder Revision noch Rechtsbeschwerde zulässig, JZ 2011, s. 74-75; **Althammer, Christoph**, Verfahren mit Auslandsbezug nach dem neuen FamFG, IPRax, 2009, s. 389; **MüKoZPO/Krüger**, § 545, Kn. 11.

koymaktır. Zira ilgili kanun değişikliğinin gerekçesinde de ifade edildiği üzere¹¹¹⁹ 2002 tarihli Reform Kanunu uyarınca artık sadece Yüksek Eyalet Mahkemesinin (*Oberlandesgericht*) değil Eyalet Mahkemesinin (*Landesgericht*) de istinaf mahkemesi sıfatıyla verdiği kararlar temyiz denetimine tabidir. Bu nedenle, artık bir hükmün birkaç yüksek eyalet mahkemesinde uygulanıp uygulanmadığına ilişkin ayırım ile eyalet hukuku veya diğer bölgesel olarak sınırlı düzenlemeler arasında bir ayırım yapılması, nesnel olarak uyumlu değildir¹¹²⁰. Sadece dilsel bir sadeleştirme nedeniyle “federal ve eyalet hukuku” yerine “hukuk” kavramı seçilmiştir¹¹²¹. Öte yandan, bu kavramın yabancı hukuku kapsayacak ölçüde geniş anlamda kullanılmadığı ve yabancı hukuk uygulamasının temyiz denetimine tabi olmadığı, değiştirilmeyen AMUK m. 560 (ve m. 564/IV)’den de açıkça anlaşılmaktadır. Çünkü temyiz edilemez hukuk başlığı altında düzenlenen AMUK m. 560’a göre; 545’inci madde kapsamına girmeyen hukuk kurallarının varlığına ve içeriğine ilişkin istinaf mahkemesinin kararı, temyiz mahkemesinin kararı için bağlayıcıdır. Yeni düzenleme ile eyalet hukuku kuralları artık herhangi bir sınırlama olmadan AMUK m. 545 kapsamında temyiz edilebilir olduğuna göre, AMUK m. 545 kapsamına girmeyen ve dolayısıyla temyiz edilemeyen hukuk kuralları yabancı hukuk kurallarıdır. Diğer bir ifadeyle AMUK m. 560 uyarınca bazı hukuka aykırılıklara dayanılarak temyize başvurulamaz. Şayet yabancı hukuka aykırılıklar temyiz edilebilir olarak kabul edilseydi, AMUK m. 560’ın uygulama alanı kalmayacaktı¹¹²². Dolayısıyla özetle, yeni düzenlemenin gerekçesi, anlamı, amacı ve kanunun sistematik yorumu, kural olarak yabancı hukukun hatalı bir şekilde uygulanmasının hala bir temyiz sebebi olmadığını ortaya koymaktadır¹¹²³.

¹¹¹⁹ BT-Dr. 16/9733, s. 301-302.

¹¹²⁰ **Hk-ZPO/Koch**, § 545, Kn. 10a; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 21; **Musielak/Voit/Ball**, § 545, Kn. 7; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 545, Kn. 4; **Roth**, Die Revisibilität, s. 1225; **Althammer**, Verfahren, s. 389.

¹¹²¹ **Musielak/Voit/Ball**, § 545, Kn. 7; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 545, Kn. 6; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 2; **Roth**, Die Revisibilität, s. 1225.

¹¹²² **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 21; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 545, Kn. 6; **Hk-ZPO/Koch**, § 545, Kn. 10a; **MüKoZPO/Krüger**, § 545, Kn. 11; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 545, Kn. 6; **Musielak/Voit/Ball**, § 545, Kn. 7; **Althammer**, Verfahren, s. 389; **Roth**, Die Revisibilität, s. 1225.

¹¹²³ **Hk-ZPO/Koch**, § 545, Kn. 10; **Stamm**, s. 780; **Roth**, Die Revisibilität, s. 1226; **Sturm**, s. 74-75; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 545, Kn. 6.

Öğretideki başka bir görüşe göre, mevcut normatif düzenlemeler karşısında yabancı hukuk uygulaması kural olarak temyiz denetimine kapalı olmakla birlikte, olması gereken hukuk açısından yabancı hukuk uygulaması da temyiz denetimine tabi olmalıdır¹¹²⁴.

Federal Mahkeme, 2009 yılında yapılan değişiklikten sonra yaklaşık dört sene boyunca yeni düzenleme ile artık yabancı hukukun hatalı uygulanmasının da bir temyiz sebebi teşkil edip etmediği meselesini, ucu açık olarak bırakmıştır¹¹²⁵. Daha sonra Federal Mahkeme, öğretideki hâkim görüşten yana tavır almış ve yabancı hukuka aykırılıkların temyiz edilemez olduğuna karar vermiştir¹¹²⁶. Federal Mahkemeye göre; ilgili düzenlemenin gerekçesinden anlaşıldığı üzere yapılan kanun değişikliği ile amaçlanan federal hukuk- eyalet hukuku ayrımının kaldırılmaktır. Buna karşılık kanun koyucu AMUK m. 545/I'in yeni versiyonunda yabancı hukukun temyiz edilebilirliği ile ilgilenmemiştir. Ayrıca, aksi yönde bir yaklaşım AMUK m. 560'ın artık bir uygulama alanının kalmamasına neden olur. Öte yandan, AMUK m. 545/I'in dar yorumlanması, temyize başvuru şartları ile uyumludur. Bu bağlamda temyize başvurusu şartlarından özellikle hukuki meselenin ilkesel bir öneme sahip olması ve hukukun gelişmesi, yabancı hukuk açısından geçerli değildir. Zira milli mahkeme, yabancı hukuku uygularken ilgili yabancı ülke hâkimi gibi hukuku yorumlar ve uygular. Bu nedenle yabancı hukukta açıklığa kavuşturulmamış meseleler söz konusu olduğunda, bu meseleler ulusal temyiz mahkemesi tarafından açıklığı kavuşturulabilecek ilkesel öneme sahip hukuki meseleler değildir. Keza Federal Mahkeme, bu meseleler bakımından ileride hukukun geliştirilmesi ve yeknesak uygulanması için bir açıklama getiremez. Çünkü bu tür hukuki meselelerin nihai olarak açıklığa kavuşturulması, her halükarda yabancı hukukun uygulamalarına mahsustur. Bu sebeple de alt derece mahkemeleri Federal Mahkemenin bir kararına bel bağlamamalı, yabancı ülkedeki güncel hukuki durumu sürekli gözden geçirmeli ve onu ilgili ülkede olduğu gibi uygulamalıdır¹¹²⁷.

¹¹²⁴ **Jacobs/Frieling**, s. 160, 168; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 23. Aksi yönde bkz. **Roth**, Die Revisibilität, s. 1226; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 545, Kn. 2.

¹¹²⁵ BGH NJW 2010, 1070, 1072; BGH NJW 2011, 1818, 1819.

¹¹²⁶ BGH NJW 2013, 3656, 3658; BGH NJW 2014, 1244, 1245.

¹¹²⁷ BGH NJW 2013, 3656, 3658. Aksi yönde olan görüşe göre, 1.09.2009 tarihinden sonra AMUK m. 545/I kanun metni açık bir biçimde yalnızca bir hukuka aykırılığa dayanmaktadır. Yabancı hukuk kuralları da hukuk alanına dahil (yani hukuki mesele) olduğundan, kanun metni açık bir şekilde bu hukuk kurallarını da kapsamaktadır. Dolayısıyla başka bir lafzi yorum oldukça zor görünmektedir. Aksi görüşü savunmak, kanun metnini daraltarak düzeltmek anlamına gelir ki, bu da lafzi bir yorum değil, hukuk yaratmak anlamına gelir. Ayrıca sistematik yorumdan da yabancı hukuk kurallarının temyiz edilemezliği sonucunu çıkarılamaz. Zira yabancı hukuk kuralları temyize tabi olursa AMUK m. 560'ın (ve m. 563/IV) uygulamanı alanı kalmaz iddiası yerinde değildir. Çünkü AMUK m. 560 sadece AMUK m. 545/I'e değil, AMUK m. 545/II'yi kapsayacak

b. Temyiz Denetimine Kapalı Olan Hususlar

Yabancı hukukun varlığı ve içeriği ile bu hukukun yorumu ve uygulanmasına ilişkin istinaf mahkemesinin tespitleri temyiz mahkemesini bağlar (AMUK m. 560). Temyiz mahkemesi, istinaf mahkemesi tarafından uygulanan yabancı hukukun mevcut olup olmadığını, içeriğinin doğru tespit edilip edilmediğini, somut olarak yapılan yorumunun isabetli olup olmadığını ve doğru uygulanıp uygulanmadığını denetleyemez¹¹²⁸. Bu bağlamda yabancı hukuk, Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (AMHÖK) kapsamında uygulanabilir olduğu beyan edildiğinde veya geçerliliği taraflarca kararlaştırıldığında veya ilgili Alman hukuku ile

şekilde genel olarak AMUK m. 545'e atıf yapmaktadır. AMUK m. 545/II'ye göre ilk derece mahkemesinin yetki ve görev konusunda yanlış karar verdiği iddiasıyla temyize başvurulamaz. AMUK m. 560 uyarınca temyiz edilemez hukuk kuralları, yetki ve göreve ilişkin hukuk kurallarıdır. Dolayısıyla yabancı hukukun temyiz edilebilir hukuk alanına dahil olması, AMUK m. 560'ı anlamsız ve uygulanamaz hale getirmez. Ayrıca sistematik yorumda şu husus da gözden kaçırılmamalıdır, AMUK m. 545/I ile aynı şekilde düzenlenen Alman İş Kanunu m. 73'e göre de "hukuka aykırılık" bir temyiz sebebi ve Federal Alman İş Mahkemesi uzun zamandır bu düzenlemeyi hareketle yabancı hukuka aykırılıkları da bir temyiz sebebi saymaktadır. Temyiz kanunun yolunun amacı ve temyize başvuru şartlarının yabancı hukuka aykırılığın temyiz edilmemesi ile uyumlu olduğu yaklaşımı da isabetli değildir. Temyize başvuru şartları yabancı hukukun ihlali halinde de gündeme gelebilir. Özellikle normun amacının tam anlamıyla yorumu, farklı Alman mahkemelerinin aynı yabancı hukuk kuralını kullandığı ancak bunu farklı yorumladığı ve anladığı durumlarda bunun açıklığa kavuşturulmasını gerektirir. Federal Mahkemenin neden her somut davada ilk derece mahkemesince seçilen yabancı hukukun farklı bir şekilde yorumlanmasıyla bağlı olması gerektiğini anlamak güçtür. Diğer bir ifadeyle, milli hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda içtihatlar yeknesaklığın garanti edilmesinin gerekçesi yabancı hukukun yorumlanması ve uygulanması için de geçerlidir. Temyizin amaçları arasında somut olay adaletinin de olması aksi yaklaşımın yerinde olmadığını gösterir. Hukukun gelişmesi bakımından da, Alman hâkimin, uygulanacak yabancı hukuku lafzına göre değil, ilgili ülkede fiilen nasıl uygulandığını tespit ederek ona göre uygulamak zorunda olduğu artık genel olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle Alman hâkim, yabancı içtihatları da tespit etmeli ve yabancı hukukun gelişimini de gözlemlemelidir. Bu durum, Alman hâkiminin yabancı hukuku uygularken gerekirse kendi yorumunu yapması gerektiğini göstermektedir. Nitekim Federal Mahkeme Alman hâkiminin yabancı hukuktaki boşlukları hukuk yaratacak şekilde doldurabileceğini de kabul etmektedir. Ayrıca, Federal Mahkemenin içtihatlarına göre, uygulanabilir ve denetlenebilir kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları da temyiz edilebilir. Bu durumda temyiz mahkemesinin vakıa derecesince tespit edilen ve uygulanan yabancı maddi hukuk kuralı ile bağlı olup aynı zamanda ilgili yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları ile bağlı olmaması ve bunların temyiz edilebilir olması anlaşılması zor bir husustur. Son olarak, yabancı hukukun kullanımı ve yeterli bir şekilde tespiti (AMUK m. 293) meselesi temyiz mahkemesince tam olarak denetlenebilir. Nitekim Federal Mahkemede kararlarında yabancı hukukun yetersiz veya yanlış tespitine karşı temyiz aşamasında usuli itirazda bulunulabileceğini vurgulamaktadır. Yabancı hukukun tespiti ile yorumlanması arasındaki sınır akışkandır ve bu durum temyiz mahkemesince yapılacak denetimin sınırları konusunda problem yaratmaktadır. Çünkü AMUK m. 293 uyarınca yabancı hukukun tespitinin denetimi, aynı yabancı hukukun yorumunun da göz önüne alınmasını gerektirebilir. İlginç olan şudur ki, AMUK m. 293'ün yoğun bir şekilde denetimi, nihayetinde tüm yabancı hukukun fiilen temyiz edilebilirliğine giderek daha fazla yol açabilir (Prütting, Die Überprüfung ausländischen Rechts, s. 452-454; Riehm, Zur Revisibilität, s. 74-77; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 545, Kn. 25)

¹¹²⁸ Musielak/Voit/Ball, § 545, Kn. 8-9; Stein/Jonas/Jacobs, § 545, Kn. 22; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 560, Kn. 2; MüKoZPO/Krüger, § 545, Kn. 11-12; Hk-ZPO/Koch, § 545, Kn. 10b ve § 560, Kn. 2; Zöller/Heßler, § 545, Kn. 8; Thomas/Putzo/Reichold, § 545, Kn. 8/9.

aynı düzenlemeyi içerdiğinde de temyiz denetimine kapalıdır¹¹²⁹. İstinaf mahkemesinin yabancı hukuka ilişkin yaptığı yorumun, genel yorum kurallarına, tecrübe kurallarına veya düşün kanunlarına aykırı olması sebebiyle temyiz itirazında bulunulamaz¹¹³⁰. Yabancı hukukun temyiz edilemezliğine ilişkin ilkeler, yabancı irade beyanlarının ve genel işlem şartlarının yorumu için de geçerlidir¹¹³¹. Temyiz edilemezlik yalnızca yabancı maddi hukuku değil, aynı zamanda yabancı usul hukukunu da kapsar. Bu nedenle re'sen dikkate alınması gereken dava şartları yabancı hukuka göre değerlendirildiği takdirde, istinaf mahkemesinin bu hususlardaki tespitleri temyiz mahkemesini bağlar. Dolayısıyla, taraf ehliyetinin veya dava ehliyetinin yabancı hukuka göre değerlendirilmesi halinde, bu noktalardaki istinaf mahkemesinin tespitleri de temyiz mahkemesi için bağlayıcıdır¹¹³². Ayrıca, istinaf mahkemesinin yabancı hukuku uygularken ispat yükünün dağılımını yanlış değerlendirdiği veya usul kurallarını (özellikle AMUK m. 139, 286, 287) ihlal ettiği yönünde temyiz itirazında bulunulamaz¹¹³³.

c. Temyiz Denetimine Açık Olan Hususlar

Yabancı hukukun tespiti ile uygulanması birbirinden farklıdır. Bu farklılık söz konusu hususların hangi kapsamda temyiz denetimine tabi olduğu bakımından önem arz eder. Bu nedenle bunların ayrı ayrı ele alınması daha yerinde bir yaklaşım olur.

1) Yabancı hukukun uygulanması (*Anwendung des ausländischen Rechts*) bakımından: Kural olarak yabancı hukuka aykırılıkları temyiz mahkemesi denetleyemez. Ancak bu kuralın istisnaları mevcuttur. Zira temyiz mahkemesi, temyiz edilemez yabancı hukuk uygulamasının

¹¹²⁹ Stein/Jonas/Jacobs, § 545, Kn. 22; Musielak/Voit/Ball, § 545, Kn. 8; Zöller/Heßler, § 545, Kn. 9; MüKoZPO/Krüger, § 545, Kn. 12; Thomas/Putzo/Reichold, § 545, Kn. 8/9; AK-ZPO/Ankermann, § 549, Kn. 8; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 545, Kn. 5.

¹¹³⁰ Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 560, Kn. 2; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 560, Kn. 6; Hk-ZPO/Koch, § 560, Kn. 2; MüKoZPO/Krüger, § 560, Kn. 5; Musielak/Voit/Ball, § 545, Kn. 9; Stein/Jonas/Jacobs, § 545, Kn. 22; AK-ZPO/Ankermann, § 549, Kn. 8; Thomas/Putzo/Reichold, § 545, Kn. 8/9 ve § 560, Kn. 1; BGH NJW 1994, 1408, 1409.

¹¹³¹ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 545, Kn. 5; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 560, Kn. 2; Musielak/Voit/Ball, § 545, Kn. 9; Stein/Jonas/Jacobs, § 545, Kn. 22; AK-ZPO/Ankermann, § 549, Kn. 8; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 560, Kn. 4; BGH NJW 1994, 1408, 1409. Karş. Schütze, Zur Revisibilität, s. 1585.

¹¹³² Stein/Jonas/Jacobs, § 545, Kn. 22; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 560, Kn. 5; MüKoZPO/Krüger, § 545, Kn. 12 ve § 560, Kn. 5; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 560, Kn. 2; Musielak/Voit/Ball, § 545, Kn. 8; Thomas/Putzo/Reichold, § 560, Kn. 1; Hk-ZPO/Koch, § 560, Kn. 2; AK-ZPO/Ankermann, § 549, Kn. 8; BGH NJW 1992, 438, 439. Buna karşı eleştirel yönde bkz. Gottwald, Revisionsinstanz, s. 112; Wiedemann, s. 53.

¹¹³³ MüKoZPO/Krüger, § 560, Kn. 5; Musielak/Voit/Ball, § 560, Kn. 3; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 560, Kn. 2; Stein/Jonas/Jacobs, § 560, Kn. 3; Thomas/Putzo/Reichold, § 560, Kn. 1; BGH NJW 1952, 142.

temyiz edilebilir bir hukuka aykırılığa dayanıp dayanmadığını incelemeye yetkilidir¹¹³⁴. Bu nedenle, temyiz davacısı, yabancı hukuk uygulamasının temyiz edilebilir hukuku ihlal ettiği yönünde itirazda bulunabilir¹¹³⁵. Bu noktada temyiz mahkemesi kendi görüşüne göre, yabancı hukukun hiç uygulanıp uygulanmadığını, Alman kanunlar ihtilafı kurallarına göre yabancı hukuk yerine Alman hukukunun mu yoksa Alman hukuku yerine yabancı hukukun mu veya başka bir ülke hukukun mu uygulanması gerektiğini denetler¹¹³⁶.

Alman kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken yabancı hukuk, Alman hukukuna geri atıfta bulunuyorsa, istinaf mahkemesinin bu yabancı hukukun içeriğine (hem yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına hem de maddi hukuk kurallarına) ilişkin yapmış olduğu tespitler temyiz mahkemesince tam olarak denetlenir¹¹³⁷. Başka bir ifadeyle, yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralının hatalı uygulanmasının sonucu olarak, Alman hukukuna yapılan bir atıf yanlış bir şekilde reddedilmişse, buna karşı temyiz itirazında bulunulabilir. Bu ihtimalde, yabancı hukukun sadece kanunlar ihtilafı kuralları değil aynı zamanda maddi hukuk kuralları da temyiz mahkemesince denetlenebilir. Çünkü bu durumda yabancı maddi hukuk, uyuşmazlığın çözümüne değil, sadece hangi hukuk isteminin uygulanacağı sorusuna hizmet eder ve kanunlar ihtilafı kurallarının bir parçası haline gelen maddi hukuk kuralları da denetime tabi tutulmalıdır¹¹³⁸. Ancak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları (-Alman hukukuna değil de-) başka bir hukuka atıf yapıyorsa, bu temyiz denetimine kapalıdır. Zira bu ihtimalde Alman hukukuna aykırılık söz konusu olmaz¹¹³⁹.

¹¹³⁴ **Wiedemann**, s. 37; **Musielak/Voit/Ball**, § 545, Kn. 8; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 560, Kn. 3; **Hk-ZPO/Koch**, § 560, Kn. 3; **AK-ZPO/Ankermann**, § 562, Kn. 2; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 560, Kn. 5; **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 111; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 560, Kn. 8.

¹¹³⁵ **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 560, Kn. 8; **MüKoZPO/Krüger**, § 560, Kn. 4; **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 111; **Wiedemann**, s. 38.

¹¹³⁶ **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 111; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 560, Kn. 8; **MüKoZPO/Krüger**, § 560, Kn. 4; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 560, Kn. 5; **Musielak/Voit/Ball**, § 545, Kn. 10; **Hk-ZPO/Koch**, § 560, Kn. 3; **Zöller/Hefler**, § 545, Kn. 9; **AK-ZPO/Ankermann**, § 562, Kn. 2; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 545, Kn. 10; ; **Nassall**, Revision, s.123, Kn. 602; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 545, Kn. 7; BGH NJW 1966, 2270; BGH NJW 1995, 2097.

¹¹³⁷ **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 560, Kn. 8; **MüKoZPO/Krüger**, § 560, Kn. 4; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 560, Kn. 5; **Nassall**, Revision, s.123, Kn. 602; **Zöller/Hefler**, § 545, Kn. 9; **AK-ZPO/Ankermann**, § 549, Kn. 8; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 545, Kn. 10; **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 111; **Wiedemann**, s. 38; **Holzheid**, s. 8; BGH NJW 1966, 2270.

¹¹³⁸ **Stein/Jonas/Jacobs**, § 560, Kn. 5; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 560, Kn. 8; **MüKoZPO/Krüger**, § 560, Kn. 4; **Zöller/Hefler**, § 545, Kn. 9; **Wiedemann**, s. 40; BGH NJW 1958, 750, 751.

¹¹³⁹ **Wiedemann**, s. 38-40; **Nassall**, Revision, s.123, Kn. 602; **AK-ZPO/Ankermann**, § 549, Kn. 8; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 545, Kn. 10; **Zöller/Hefler**, § 545, Kn. 9; **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 111; BGH NJW 1966, 2270.

Yabancı hukuk uygulamasının Alman kamu düzenini (*ordre public*) ihlal edip etmediği de temyiz mahkemesince denetlenebilir¹¹⁴⁰. Ayrıca, istinaf mahkemesi tarafından uygulanan yabancı hukukun, daha yüksek dereceli/önemli temyiz edilebilir hukukla (*höherrangigem revisiblen Recht*) çelişip çelişmediği, temyiz denetimine tabidir¹¹⁴¹. Yine karşılıklılığın/mütekabiliyetin temin edilip edilmediği meselesi hakkında, yabancı hukuk, Alman hukukunun bir ön sorunu olarak temyiz denetimine tabidir¹¹⁴².

2) Yabancı hukukun tespiti (*Ermittlung des ausländischen Rechts*) bakımından: AMUK m. 293 uyarınca başka bir ülkede geçerli olan hukuk, ancak mahkeme tarafından bilinmediği sürece ispat gerektirir. Bu hukuk kurallarının tespitinde mahkeme tarafların getirdiği delillerle sınırlı değildir. Mahkeme bu kuralların tespiti için diğer bilgi kaynaklarını kullanmaya ve bu kullanım amacı için gerekli olan işlemleri yapmaya yetkilidir. Mahkeme AMUK m. 293 kapsamında uygulanacak yabancı hukuku re'sen tespit eder¹¹⁴³. Vakıa hâkiminin bu tespit ödevi (*Ermittlungspflicht*) sadece yabancı hukukun pozitif hukuk normlarını değil, aynı zamanda ilgili ülkenin, öğreti ve mahkeme kararlarında ifade edildiği gibi, fiili hukuk uygulamalarını da içerir¹¹⁴⁴. Yani, vakıa hâkimi, yabancı hukuku bir bütün olarak, ilgili ülkedeki öğreti ve içtihatlardaki gelişimi göz önünde bulundurarak tespit etmek ve bu suretle erişebileceği bütün hukuk kaynaklarını tüketmek zorundadır¹¹⁴⁵. AMUK m. 293 uyarınca yapılması gereken bu tespit ödevinin ihlali, temyiz edilebilir bir hukuka aykırılık oluşturur¹¹⁴⁶. Diğer bir ifadeyle, istinaf mahkemesinin yabancı hukuku yetersiz veya hatalı tespit ettiğine dair usuli itirazın varlığı halinde (AMUK m. 551/III, 2b), temyiz mahkemesini bunu tam olarak

¹¹⁴⁰ Zöller/Heßler, § 545, Kn. 11; Musielak/Voit/Ball, § 545, Kn. 10; Hk-ZPO/Koch, § 545, Kn. 10b; MüKoZPO/Krüger, § 545, Kn. 12 ve § 560, Kn. 4; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 545, Kn. 26; Wiedemann, s. 42; Gottwald, Revisionsinstanz, s. 111; Stein/Jonas/Jacobs, § 560, Kn. 6; AK-ZPO/Ankermann, § 549, Kn. 8; Thomas/Putzo/Reichold, § 545, Kn. 10; BGH NJW 1997, 2114, 2115.

¹¹⁴¹ Hk-ZPO/Koch, § 560, Kn. 3; Stein/Jonas/Jacobs, § 560, Kn. 7; Musielak/Voit/Ball, § 560, Kn. 4; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 560, Kn. 3.

¹¹⁴² Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 545, Kn. 7; Gottwald, Revisionsinstanz, s. 111; Wiedemann, s. 43.

¹¹⁴³ Pfeiffer, Die revisionsrichterliche Kontrolle, s. 3307; MüKoZPO/Prütting, § 293, Kn. 12, 47; Hess/Hübner, s. 3135; Wiedemann, s. 89; BGH NJW-RR 2005, 1071; BGH NZI 2013, 763; BGH NJW 2014, 1244, 1245.

¹¹⁴⁴ Wiedemann, s. 91-92; BGH NJW-RR 2002, 1359, 1360; BGH NJW 1976, 1581, 1583.

¹¹⁴⁵ Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 560, Kn. 4; BGH NJW 2014, 1244, 1245.

¹¹⁴⁶ Zöller/Heßler, § 545, Kn. 8; Musielak/Voit/Ball, § 545, Kn. 10; Stein/Jonas/Jacobs, § 560, Kn. 6; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 560, Kn. 7; MüKoZPO/Krüger, § 560, Kn. 3; AK-ZPO/Ankermann, § 562, Kn. 1; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 560, Kn. 4; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 545, Kn. 7; Thomas/Putzo/Reichold, § 545, Kn. 10; MüKoZPO/Prütting, § 293, Kn. 67; BGH NJW-RR 2002, 1359, 1360; BGH NJW 2013, 3656.

denetleyebilir¹¹⁴⁷. Bu bağlamda temyiz mahkemesi, istinaf mahkemesinin yabancı hukuku tespit ederken AMUK m. 293'ün gereklerine uyup uymadığını, özellikle erişebileceği bütün bilgi kaynaklarını tüketip tüketmediğini veya kendisine tanınan takdir yetkisini doğru kullanıp kullanmadığını denetleyebilir¹¹⁴⁸.

Vakıa hâkiminin yabancı hukuk hakkında bilgi edinme şekli, onun görevi icabı sahip olduğu takdir yetkisine (*ein pflichtgemäßes Ermessen*) tabidir. Kural olarak bu takdir yetkisi temyiz mahkemesi tarafından denetlenemez¹¹⁴⁹. Genel olarak hâkimin takdir yetkisinin sınırları her somut olayda ilgili koşullara göre belirlenir. Yabancı hukuk kendi hukuku ile karşılaştırıldığında ne kadar karmaşık ve yabancıysa, hâkimin tespit ödevinin gereklilikleri o kadar yüksek olacaktır¹¹⁵⁰. Bununla beraber, hâkimin bu takdir yetkisini kullanmaması veya hatalı kullanması AMUK m. 293'ün ihlali anlamına gelir ve bu da temyiz edilebilir bir hukuka aykırılık oluşturur. Buna göre taraflar, somut olaya ilişkin özel koşullar (ilgili hukukun karmaşıklığı ve yabancılığı, tarafların sunum ve bilgi imkanları) nedeniyle vakıa hâkiminin takdir yetkisinin sınırlarını aştığı ve ilgili yabancı hukuku -hukuk pratiği dahil olmak üzere- yeterince tespit etmediği yönünde temyiz itirazında bulunabilirler¹¹⁵¹. Bu bağlamda vakıa hâkiminin, hayat olayı belli bir yabancı hukukun olası bir uygulamasına işaret etmesine rağmen bu yabancı hukuk açısından bir inceleme yapmaması¹¹⁵², yabancı hukuktaki içtihatları bir bilgi kaynağı olarak kullanmayı reddetmesi¹¹⁵³, uygulanacak hukuku tespit için kendisine sunulan

¹¹⁴⁷ **Prütting**, Die Überprüfung ausländischen Rechts, s. 454; **Hübner**, s. 378; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 560, Kn. 7; **MüKoZPO/Prütting**, § 293, Kn. 67; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 560, Kn. 6; **AK-ZPO/Ankermann**, § 562, Kn. 2; **Musielak/Voit/Ball**, § 545, Kn. 10; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 560, Kn. 4; BGH NJW 2002, 3335; BGH NJW 2013, 3656.

¹¹⁴⁸ **Pfeiffer**, Die revisionsrichterliche Kontrolle, s. 3306-3307; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 560, Kn. 6; **MüKoZPO/Krüger**, § 560, Kn. 3; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 560, Kn. 7; **Hk-ZPO/Koch**, § 545, Kn. 11 ve § 560, Kn. 4; **Zöller/Heßler**, § 545, Kn. 8; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 545, Kn. 10; **Musielak/Voit/Ball**, § 560, Kn. 4; **Hübner**, s. 378-379; BGH NJW 2013, 3656; BGH NJW 2014, 1244, 1245.

¹¹⁴⁹ **MüKoZPO/Prütting**, § 293, Kn. 67; **Musielak/Voit/Ball**, § 545, Kn. 10; **MüKoZPO/Krüger**, § 560, Kn. 3; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 545, Kn. 7; BGH NJW 1963, 252, 253.

¹¹⁵⁰ **Wiedemann**, s. 89-90; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 560, Kn. 4; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 560, Kn. 7; **MüKoZPO/Krüger**, § 560, Kn. 3; BGH NJW 1992, 2026, 2029.

¹¹⁵¹ **MüKoZPO/Krüger**, § 560, Kn. 3; **Musielak/Voit/Ball**, § 545, Kn. 10; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 560, Kn. 7; **Hk-ZPO/Koch**, § 560, Kn. 4; **Zöller/Heßler**, § 545, Kn. 8; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 560, Kn. 4; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 545, Kn. 7; **MüKoZPO/Prütting**, § 293, Kn. 67; **Hübner**, s. 378-379; **Wiedemann**, s. 105 vd.; BGH NJW 1992, 2026, 2029; BGH NJW 2003, 2685, 2686; BGH NJW 2014, 1244, 1245.

¹¹⁵² **Wiedemann**, s. 105; BGH NJW 1964, 2012; BGH NJW 1995, 1032.

¹¹⁵³ **Wiedemann**, s. 106; BGH NJW 2003, 2685, 2686.

tüm bilgi kaynaklarını kullanmaması¹¹⁵⁴, kendi özel bilgisi olmadığı yabancı hukuku bilirkişiye başvurmaksızın tespit etmesi¹¹⁵⁵ veya yabancı hukukun içeriğini tespit konusunda yetersiz bir bilirkişi ataması¹¹⁵⁶ AMUK m. 293'ü ihlal eder ve taraflar bu hususlarda temyiz mahkemesi nezdinde itirazda bulunabilirler¹¹⁵⁷. Ayrıca istinaf mahkemesi hükmünden, mahkemenin uyguladığı yabancı hukuk kuralının mevcut olup olmadığı, daha doğrusu ilgili ülkedeki öğretide ifade edildiği ve yargı kararlarında uygulandığı şekliyle var olup olmadığı anlaşılmıyorsa, yabancı hukuk eksik veya yetersiz tespit edilmiş olur¹¹⁵⁸. Şayet istinaf mahkemesi hükmünden hangi hukuk sisteminin uygulandığı anlaşılmıyorsa yine bir usule aykırılık söz konusu olur ve bu durum aynı zamanda (gerekçesizlik nedeniyle) bir mutlak temyiz sebebi (AMUK m. 547/VI) teşkil eder¹¹⁵⁹.

İlaveten istinaf mahkemesinin, yabancı hukukun yorumlanması veya uygulanması için aldığı kendi hukuki konumu/görüşü bakımından önemli olmasına rağmen, vakıa iddialarını, delilleri, delil ikame taleplerini veya delil sonuçlarını göz ardı etmesi veya gözden kaçırması AMUK m. 286'yı ihlal eder ve temyiz mahkemesince denetlenebilir¹¹⁶⁰. Burdaki itiraz noktası, yabancı hukukun, eksik ve dolayısıyla muhtemelen yanlış tespit edilmesi değil, istinaf yargılamasında yanlış muameleye tabi tutulmasıdır. Bu bağlamda yapılan usuli hata, her ne kadar yabancı hukukun uygulanması üzerinde dolaylı bir etkiye sahipse de, doğrudan yabancı

¹¹⁵⁴ **Zöller/Heßler**, § 560, Kn. 3; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 545, Kn. 7; **Musielak/Voit/Ball**, § 545, Kn. 10; **MüKoZPO/Krüger**, § 560, Kn. 3; **Wiedemann**, s. 106.

¹¹⁵⁵ **MüKoZPO/Prütting**, § 293, Kn. 67; **Wiedemann**, s. 107.

¹¹⁵⁶ BGH NJW-RR 1991, 1211. Bu kararda Federal Mahkemeye göre, hâkim, yabancı hukuku tespit için, yabancı hukuku bilen bir bilim enstitüsünden bilirkişi raporu almış ancak ilgili ülkedeki hukuk uygulaması uyumsuzluk bakımından önemli olmasına rağmen bilirkişi bu uygulama konusunda özel bilgiye sahip olmayıp yalnızca kendisine sunulan literatürü değerlendirmiş ise, AMUK m. 293 kapsamında araştırma ödevini yerini getirilmiş olmaz. Bu hususta ayrıca bkz. **Samtleben, Jürgen**, Der unfähige Gutachter und die ausländische Rechtspraxis, NJW 1992, s. 3057 vd.

¹¹⁵⁷ **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 560, Kn. 7; **MüKoZPO/Krüger**, § 560, Kn. 3; **MüKoZPO/Prütting**, § 293, Kn. 67; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 545, Kn. 7; **Musielak/Voit/Ball**, § 545, Kn. 10; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 560, Kn. 4; **Wiedemann**, s. 105-107; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 560, Kn. 6.

¹¹⁵⁸ **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 560, Kn. 4; **Musielak/Voit/Ball**, § 560, Kn. 4; **Hk-ZPO/Koch**, § 545, Kn. 11; **Pfeiffer**, Die revisionsrichterliche Kontrolle, s. 3307; **MüKoZPO/Krüger**, § 560, Kn. 3; BGH NJW 1992, 2026, 2029.

¹¹⁵⁹ **Wiedemann**, s. 102-103; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 547, Kn. 14; **Musielak/Voit/Ball**, § 547, Kn. 15; BGH NJW 1988, 3097.

¹¹⁶⁰ **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 560, Kn. 5; **Wiedemann**, s. 119-121; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 560, Kn. 3; **Musielak/Voit/Ball**, § 560, Kn. 4; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 560, Kn. 7; **Hk-ZPO/Koch**, § 560, Kn. 4; **Zöller/Heßler**, § 560, Kn. 3; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 545, Kn. 10; **MüKoZPO/Krüger**, § 560, Kn. 3; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 545, Kn. 7; BGH NJW 1952, 142; BGH NJW 1988, 636, 638; BGH NJW 1992, 438, 440.

hukukun uygulanmasına değil, sadece Alman usul hukukunun uygulanmasına dayanmaktadır^{1161/1162}.

Hemen belirtelim ki hâkimin yabancı hukuku tespit ödevine yönelik yapılan usuli itirazlar fiilen yabancı hukukun denetimini amaçlıyorsa veya tarafın yabancı hukuka dayalı iddiası vakıa hâkiminin yabancı hukuku tespit ödevini tetiklemeye objektif olarak uygun değilse, haksızdır ve reddedilir¹¹⁶³.

3) Temyiz mahkemesi tarafından yabancı hukukun uygulanması: AMUK m. 560, temyiz mahkemesinin yabancı hukuku hiçbir zaman uygulayamayacağı ve gerekirse yorumlayamayacağı anlamına gelmez. İstisnai hallerde temyiz mahkemesi, yabancı hukuku tespit edilen somut olaya bizzat uygulayabilir ve gerekirse yorumlayabilir¹¹⁶⁴. İstinaf mahkemesi hükmünden, vakıa hâkiminin yabancı hukukla veya ilgili sonuçlarıyla hiç ilgilenmediği ve bu nedenle kararında bunlardan bahsetmediği veya sözde/şeklen bahsettiği ortaya çıkarsa, istinaf mahkemesinin yaptığı tespitlerin ne pozitif ne de negatif bağlayıcı etkisi söz konusu olur ve temyiz mahkemesi yabancı hukuku tespit edilen vakıalara bizzat uygulayabilir¹¹⁶⁵. Başka bir deyişle, istinaf mahkemesi tarafından yabancı hukukun ilgili normları, göz ardı edilmesi veya bilinmemesi nedeniyle, hiç değerlendirilmemişlerse veya yorumlanmamışlarsa temyiz mahkemesi bunları bizzat tespit edip olaya uygulayabilir ve

¹¹⁶¹ **Wiedemann**, s. 121-122.

¹¹⁶² Yine Federal Mahkeme, ilk derece hâkimi ve taraflarca her zaman Alman hukukunun uygulanacağı varsayılan ve dava boyunca yabancı hukukun uygulanacağı olasılığı düşünülme- yen ancak istinaf mahkemesi tarafından sürpriz bir şekilde yabancı hukuka göre karar verilen bir uyuşmazlıkta AMUK m. 139'un (hâkimin aydınlatma ödevinin) ve hukuki dinlenilme hakkına ilişkin anayasanın 103. maddesinin ihlal edildiği itirazını haklı bulmuştur. BGH NJW 1976, 474.

¹¹⁶³ **Musielak/Voit/Ball**, § 560, Kn. 4; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 560, Kn. 2; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 560, Kn. 3; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 560, Kn. 7; **MüKoZPO/Krüger**, § 560, Kn. 3; BGH NJW 1988, 647; BGH NJW 1992, 2026, 2029; BGH NJW 1992, 3096.

¹¹⁶⁴ **Stein/Jonas/Jacobs**, § 560, Kn. 4; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 560, Kn. 9; **Zöller/Heßler**, § 560, Kn. 4; **AK-ZPO/Ankermann**, § 562, Kn. 3; **MüKoZPO/Krüger**, § 560, Kn. 6.

¹¹⁶⁵ **Wiedemann**, s. 113-114; **Leipold, Dieter**, Ausdrückliche und stillschweigende Entscheidung, ZZZP 81 (1968), s. 73-74; **MüKoZPO/Krüger**, § 545, Kn. 13 ve § 560, Kn. 6.

gerekirse yorumlayabilir^{1166/1167}. Ayrıca, istinaf mahkemesi kararından sonra yürürlüğe giren yeni yabancı hukuk kuralları da temyiz mahkemesince re'sen göz önünde bulundurulurlar. Yani, istinaf mahkemesi kararından sonra yürürlüğü giren yeni yabancı hukuk kuralı karara bağlanacak olaya uygulanabilirse, temyiz mahkemesi tarafından bizzat yorumlanabilir ve olaya uygulanabilir¹¹⁶⁸.

Son olarak ifade edelim ki, her ne kadar yabancı hukukun tespiti ile uygulanması arasında bir ayrım yapıp, kural olarak ilkinin temyiz denetimine tabi olduğu, ikincisinin ise temyiz denetimine kapalı olduğu belirtilse de, öğretide, her ikisi arasına net bir çizgi çekmenin zor olduğu belirtilmektedir. Zira, yabancı hukukun tespiti ile yorumlanması arasındaki sınır akışkandır. Yabancı hukukun tespiti, aynı yabancı hukukun yorumunun da göz önüne alınmasını gerektirebilir ve yabancı hukukun uygulanması her zaman AMUK m. 293 uyarınca yapılan tespitlere dayanmaktadır¹¹⁶⁹. Federal Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu kararlar, çok kazuistik ve bazen de kafa karıştırıcıdır¹¹⁷⁰. Federal Mahkeme son dönemlerde vermiş olduğu kararlar ile, vakıa hâkimlerinin denetimini AMUK m. 293 üzerinden sıkılaştırma ve bu şekilde yabancı hukukun tespiti ile uygulanması arasındaki sınırı giderek daha fazla bulanıklaştırma eğilimindedir¹¹⁷¹. Federal Mahkemenin AMUK m. 293 üzerinden pratikte

¹¹⁶⁶ Musielak/Voit/Ball, § 545, Kn. 8; Hk-ZPO/Koch, § 560, Kn. 3; Stein/Jonas/Jacobs, § 560, Kn. 4; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 560, Kn. 9; MüKoZPO/Krüger, § 545, Kn. 13 ve § 560, Kn. 6; Zöller/Hefler, § 545, Kn. 9 ve § 560, Kn. 4; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 560, Kn. 5; Pfeiffer, Die revisionsrichterliche Kontrolle, s. 3307; AK-ZPO/Ankermann, § 562, Kn. 3; Leipold, Ausdrückliche s. 73-74; Nassall, Revision, s. 123, Kn. 601; BGH NJW 1997, 2115, 2117; BGH NJW-RR 2004, 308, 310; BGH NJW 2010, 1070, 1072.

¹¹⁶⁷ Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, istinaf mahkemesi hükmünden yabancı hukukun uygulanmamasının kasıtsız/bilinçsiz olarak ihmal edildiğinin anlaşılması gerektiğidir (Stein/Jonas/Jacobs, § 560, Kn. 4; Leipold, Ausdrückliche s. 73-74). Bunun nedeni istinaf mahkemesinin yabancı hukukun uygulanmamasına yönelik bilinçli ve açık kararının temyiz mahkemesini bağlayacağı ve denetime kapalı olacağıdır (Leipold, Ausdrückliche s. 73-74). Daha açık bir ifadeyle, istinaf mahkemesinin yabancı hukuku dikkatli ve yoğun bir şekilde ele alması durumunda verdiği karar, itiraz edilemez karar olarak ödüllendirilir. Tam tersine yabancı hukukun istinaf mahkemesince yüzeysel olarak ele alınması durumunda verdiği karar denetime tabidir. Bu sayede istinaf mahkemesi hâkimlerinin akıllarında, gerçekten yabancı hukukun uygulanmasının gerekli olduğu durumlarda, daha az vicdanı araştırmalarla bu zor görevden kaçmaları halinde temyiz nezdinde bir düzeltme olasılığının bulunduğu tehlikesi vardır (Wiedemann, s. 116-117; Leipold, Ausdrückliche s. 73-74).

¹¹⁶⁸ Hk-ZPO/Koch, § 560, Kn. 3; Musielak/Voit/Ball, § 545, Kn. 8; Zöller/Hefler, § 545, Kn. 9 ve § 560, Kn. 4; AK-ZPO/Ankermann, § 562, Kn. 3; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 560, Kn. 5; Pfeiffer, Die revisionsrichterliche Kontrolle, s. 3307; Stein/Jonas/Jacobs, § 560, Kn. 4; Leipold, Dieter, Ausdrückliche und stillschweigende Entscheidung, ZZP 81 (1968), s. 73; MüKoZPO/Krüger, § 560, Kn. 6; Wiedemann, s. 60-61.

¹¹⁶⁹ Pfeiffer, Die revisionsrichterliche Kontrolle, s. 3307-3308; Wiedemann, s. 104; Hübner, s. 378; Stamm, s. 783-784; Prütting, Die Überprüfung ausländischen Rechts, s. 453-454; Stein/Jonas/Jacobs, § 560, Kn. 6.

¹¹⁷⁰ Stein/Jonas/Jacobs, § 560, Kn. 6; Pfeiffer, Die revisionsrichterliche Kontrolle, s. 3307.

¹¹⁷¹ Spickhoff, s. 275; Pfeiffer, Die revisionsrichterliche Kontrolle, s. 3307-3308.

yapmış olduğu denetim, giderek artan bir şekilde tüm yabancı hukukun bir tür fiili olarak denetimi yönünde kaymaktadır¹¹⁷². Bir görüşe göre, Federal Mahkeme vermiş olduğu kararlarla, yabancı hukukun temyiz edilemezliği ilkesini tutarlı bir şekilde takip etmemekte, ciddi hataları ve ihlalleri gidermek için somut davalarda adil bir sonuç ile ilgilenmektedir¹¹⁷³.

C. Hukuki Mesele- Fiili Mesele Ayrımı

1. Genel Olarak

Hukuki mesele ve fiili mesele arasındaki ayrım, temyiz hukukunun klasik problemleri alanı¹¹⁷⁴, diğer bir ifadeyle, temyiz hukukundaki tartışmanın temel alanıdır¹¹⁷⁵. Bu konuda Alman hukukunda uzun zamandan bu yanda devam eden çok ciddi tartışmalar mevcuttur¹¹⁷⁶.

Alman hukukunda hukuki-fiili meseleleri ayırma fikri, tarihsel olarak 1833'teki Prusya yokluk şikayetine (*preußische Nichtigkeitsbeschwerde*) kadar uzanır ve bu yolla 1877 tarihli Alman Medeni Usul Kanunu'na girmiştir. Bu ayrım fikri esasen, on yıllar boyunca nispeten serbest erişimin söz konusu olduğu temyiz mahkemesini rahatlatma, yani temyiz mahkemesinin iş yükünü azaltma çabalarından kaynaklanmıştır. Çünkü hem Prusya yokluk şikayeti hem de 1975'e kadar Alman temyiz kanun yolu, bu kanun yollarına prensip olarak serbest erişim ile karakterize edilmişti. Öte yandan, bu kanun yolu derecesi her zaman aşırı yüklenme/iş yükü ile mücadele etmiştir. İşte hukuki-fiili mesele ayrımı fikri, bu aşırı iş yükünün azaltılması girişimi bağlamında görülmelidir¹¹⁷⁷.

Hukuki-fiili mesele ayrımı, dahası temyiz mahkemesinin denetim yetkisinin sınırları konusunda öğretide birçok görüş olmakla birlikte, temelde, amaçsal ve mantıksal-kavramsal metot olmak üzere, iki metodolojik yaklaşım söz konusudur. Amaçsal metoda göre, temyiz mahkemesinin denetim yetkisinin sınırları, münhasıran temyiz amacından türetilen kriterlere

¹¹⁷² **Prütting**, Die Überprüfung ausländischen Rechts, s. 454; **Riehm**, Zur Revisibilität, s. 77; **Spickhoff**, s. 275, 290; **Pfeiffer**, Die revisionsrichterliche Kontrolle, s. 3307. *Stamm*'a göre temyiz avukatları, AMUK m. 293'ün kisvesi altında yabancı hukukun uygulanmasına itiraz etmek zorunda bırakılmaktadırlar (**Stamm**, s. 784). *Riehm*'e göre de, Federal Mahkeme, AMUK m. 293'e göre tespit itirazı adı altında yabancı maddi hukukun hatalı uygulanmasına yaptırım uygulamaktadır (**Riehm**, Zur Revisibilität, s. 77).

¹¹⁷³ **Wiedemann**, s. 127.

¹¹⁷⁴ **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 1; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 3.

¹¹⁷⁵ **Schilken**, ZPR, s. 436, Kn. 946.

¹¹⁷⁶ Bkz. § 6.

¹¹⁷⁷ **Prütting**, Revision, s. 195; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 3; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 3.

göre belirlenmelidir. Temyiz mahkemesinin öncelikli amacı hukuki birliğin sağlanması olduğundan, temyiz mahkemesi sadece istinaf mahkemesi kararının emsal nitelikte olan kısımlarıyla ilgilenmelidir. Bu nedenle de temyiz denetimine tabi olan-olmayan meseleler bakımından ayırım çizgisi, yol gösterici bir rol model işlevine sahip meseleler ile somut olaya ilişkin meselelere göre belirlenmelidir¹¹⁷⁸. Mantıksal-kavramsal metoda göre, hukuki ve fiili meseleler, her halükarda birbirinden mantıksal ve kavramsal olarak ayırt edilebilirler¹¹⁷⁹. Bu ayırım usul kanunu uyarınca gereklidir. Temyizin amacı, sadece hukuki birliğin korunması ve hukukun gelişiminin sağlanması yönünde kamu menfaatine hizmet etmek olmayıp, aynı zamanda somut olayda adil bir karar verilmesi yönünde taraf menfaatine de hizmet etmektir. Temyiz mahkemesi, yalnızca belirli bir rol model işlevi olan hukuki meseleleri değil, aynı zamanda sadece somut dava bakımından önemli olan hukuki meseleleri de inceler^{1180/1181}.

Federal Mahkemeye göre, kanunun kullanılmasının ve yorumlanmasının yanı sıra tespit edilen vakıalara atılma yapılması da temyiz edilebilir hukuki meseledir. Buna karşılık vakıaların tespiti ise fiili meseledir. Bununla birlikte, hukuki ve fiili meseleler birbirini karşılıklı olarak etkiler ve vakıaların tespitinde hukuki bakış açısı da önemlidir. Bu nedenle Federal Mahkeme, hukuki ve fiili meseleler arasında net ve keskin bir ayırım yapmamaktadır¹¹⁸².

2. Temyiz Denetimi Bakımından Önemli Meseleler

Temyiz denetimi bakımından hukuki ve fiili meseleler yönünden öğreti ve yargı kararları ile geliştirilen ve uygulamada önemli olan hususlara ilişkin yaklaşımlar şu şekildedir;

a) Hukuk normları (*Rechtsnormen*): Temyiz mahkemesi hukuki meseleler bağlamında öncelikle, hangi hukuk normlarının kullanılacağını, kullanılan normların temyiz edilebilir olup

¹¹⁷⁸ **Schwinge**, s. 48 vd.; **Kuchinke**, s. 58 vd., 126 vd. Özü itibarıyla, gelecekteki davalar bakımından önemli olan rol model işlevine sahip meselelerin temyiz edilebilirliği yönünde bkz. **AK-ZPO/Ankermann**, § 550, Kn. 1. Yeknesak olarak uygulanabilen ve uygulanması gereken meseleleri temyiz edilebilir meseleler olarak değerlendirme yönünde bkz. **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 1. Kavramsal yönetimin özellikle problemlili konularda yeterince ikna edici ölçütlere sahip olmadığı durumlarda temyiz amacının göz önünde tutulmasının mantıklı olduğu yönde bkz. **Uhl**, s. 26-27.

¹¹⁷⁹ **Henke**, Rechtsfrage, s. 378; **Henke**, Die Tatfrage, s. 145, 308; **Scheuerle**, s. 25, 41 vd.; **Schuler**, s. 5; **Mitsopoulos**, Die Unterscheidung, s. 269; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 8, 13; **Prütting**, Revision, s. 196 vd.; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 5; **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 138 vd.; **Nierwetberg**, s. 240; **Schwarz**, Berufung, s. 107.

¹¹⁸⁰ **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 12; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 5-6; **Uhl**, s. 27 **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 3.

¹¹⁸¹ Bu konu hakkında detaylı olarak yukarıda bkz. § 6/II.

¹¹⁸² BGH NJW 1954, 1682; BGH NJW 1960, 625; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 3; **Uhl**, s. 26.

olmadığını, istinaf mahkemesinin hukuk normlarını göz ardı edip etmediğini veya bunları eksik kullanıp kullanmadığını, kullanılan hukuk normlarının hiç var olup olmadığını veya zaten veya halen yürürlükte olup olmadığını veya bunların etkili (*wirksam*) olup olmadığını ve belirtilen içeriğe sahip olup olmadığını re'sen denetler¹¹⁸³. Ayrıca temyiz mahkemesi, hukuk normlarının içerik ve hukuki kapsam açısından doğru bir şekilde kabul edilip edilmediğini, doğru uygulanıp uygulanmadığını ve doğru yorumlanıp yorumlanmadığını inceler. Hukuk kurallarının yorumu her halükarda ve kesin olarak bir hukuki meseledir ve hukuk kurallarının yorumlanması, yazılı olmayan hukuk kuralları (örf ve adet hukuk kuralları) söz konusu olduğunda bile, temyiz denetiminin özü/çekirdek alanıdır¹¹⁸⁴. Yine bu denetim kapsamında temyiz mahkemesi, örneğin, istinaf mahkemesinin iddia ve ispat yükünü doğru bir şekilde göz önünde bulundurup bulundurmadığını¹¹⁸⁵, yabancı hukuku veya örf ve adet hukukunu tespit ödevini AMUK m. 293 uyarınca yerine getirip getirmediğini, örf ve adet hukuku kavramını ve bunun meydana geliş için gerekli olan koşulları doğru yorumlayıp yorumlanmadığını¹¹⁸⁶ inceler. İlâveten, temyiz mahkemesi, istinaf mahkemesinin kıyasa, amaçsal indirgemeye veya hâkimin hukuk yaratmasına ilişkin şartları yanlış değerlendirip değerlendirmediklerini ve kanun hükümlerini anayasaya uygun yorumlayıp yorumlanmadığını da denetler¹¹⁸⁷.

b) Tecrübe kuralları (*Erfahrungssätze*) ve düşün kanunları (*Denkgesetze*): Tecrübe kuralları ve düşün kanunları hukuk normu olmamalarına rağmen, temyiz denetime bakımından hukuk normu gibi ele alınırlar. Tecrübe kurallarının ve düşün kanunlarının varlığı ve içeriği, temyiz mahkemesi tarafından tam olarak denetlenebilir¹¹⁸⁸. Yani temyiz mahkemesi, genel mantık kuralları olarak düşün kanunlarının ve genel hayat tecrübeleri veya özel bilgi ve uzmanlık kuralları olarak tecrübe kurallarının mevcut olup olmadığını, mevcut ise uygulanıp uygulanmadığını ve bunların doğru bir şekilde değerlendirilip değerlendirilmediğini

¹¹⁸³ Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 7; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 4; Wieczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 14.

¹¹⁸⁴ Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 4; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 546, Kn. 3; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 7; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 4; Hk-ZPO/Koch, § 546, Kn. 6; Wieczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 14; Zöller/Heßler, § 546, Kn. 3.

¹¹⁸⁵ BGH NJW 1993, 1716, 1717.

¹¹⁸⁶ BGH NJW-RR 2009, 311, 312.

¹¹⁸⁷ Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 7; Wieczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 14; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 4.

¹¹⁸⁸ Grave/Mühle, s. 274; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 5; AK-ZPO/Ankermann, § 550, Kn. 4-5; Hk-ZPO/Koch, § 546, Kn. 17; Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 11; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 12; Schilken, ZPR, s. 436, Kn. 946; Thomas/Putzo/Reichold, § 546, Kn. 12; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 546, Kn. 3; Jauernig/Hess, § 74, Kn. 38; Schwinge, s. 185 vd.; Kuchinke, s. 187 vd.; Wieczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 16; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 9; Konzen, s. 351-352.

denetler¹¹⁸⁹. Bu bağlamda tecrübe kurallarının ve düşün kanunlarının temyiz mahkemesince denetlenmesinin hareket noktası, bunların temyiz edilebilir hukuk kurallarının kullanılmasında, yorumlanmasında ve uygulanmasında yardımcı araç olarak kullanılmasıdır. Dolayısıyla temyiz mahkemesince bu noktada yapılan denetim, tecrübe kurallarının veya düşün kanunlarının hiç kullanılmaması veya yanlış kullanılması nedeniyle, nihayetinde hatalı yorumlanmış veya uygulanmış hukuk kuralının ihlaline dayanmaktadır¹¹⁹⁰. Ayrıca düşün kanunları ve tecrübe kuralları vakıa tespitlerinde de büyük önem taşırlar. Şayet vakıa hâkimi ilk görünüş ispatında veya genel olarak delillerin serbestçe değerlendirilmesi (AMUK m. 286) bağlamında yaptığı vakıa tespitinde, tecrübe kurallarını veya düşün kanunlarını hiç kullanmazsa veya doğru bir şekilde kullanmazsa, delillerin serbestçe değerlendirmesine ilişkin AMUK m. 286'yı ihlal etmiş olur. Çünkü hâkim, delillerin serbestçe değerlendirmesi çerçevesinde düşün kanunları, doğa yasaları ve tecrübe kuralları ile bağlıdır. Diğer bir ifadeyle, tecrübe kuralları ve mantık kanunları, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesinin içkin sınırlarını (*immanenten Grenzen*) oluşturur¹¹⁹¹.

c) Bireysel irade beyanları (*individuelle Willenserklärungen*) ve sözleşmeler (*Individualverträge*): Bireysel irade beyanlarının (ve sözleşmelerin), vakıa unsurlarının tespitinden sonra, yorumunun temyiz mahkemesince denetime tabi tutulup tutulmayacağı ve bu denetimin ne ölçüde olacağı tartışmalıdır

Yerleşik yargı kararlarına ve öğretideki bir görüşe göre, bireysel irade beyanlarının yorumu temelde vakıa hâkiminin işidir. Vakıa hâkiminin yaptığı yorum, hukuki hata barındırmıyorsa ve yorumun sonucu savunulabilir nitelikte ise, başka bir yorum sonucu mümkün veya daha yakın olsa bile, temyiz mahkemesi için bağlayıcıdır¹¹⁹². Temyiz mahkemesi, istinaf mahkemesince yapılan irade beyanlarının yorumunu ancak sınırlı bir

¹¹⁸⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 12; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 9; Thomas/Putzo/Reichold, § 546, Kn. 12; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 16; Gottwald, Revisionsinstanz, s. 163-164.

¹¹⁹⁰ Grave/Mühle, s. 275-276; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 9; AK-ZPO/Ankermann, § 550, Kn. 4-5; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 16; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 5; Schwinge, s. 190.

¹¹⁹¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 12; Grave/Mühle, s. 276, 279; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 16; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 9; Thomas/Putzo/Reichold, § 546, Kn. 12; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 5; Gottwald, Revisionsinstanz, s. 170 vd.BGH NJW 1991, 1894, 1895; BGH NJW 1999, 3481, 3482; BGH NJW 2014, 300, 301. Aksi yönde Stein, s. 110-111.

¹¹⁹² Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 5; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 546, Kn. 4; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 9-10; AK-ZPO/Ankermann, § 550, Kn. 12; Hk-ZPO/Koch, § 546, Kn. 8a; Zöller/Hefler, § 546, Kn. 9; BGH NJW 1999, 1022, 1023; BGH NJW-RR 1993, 945, 946; BGH NJW 1995, 45, 46.

şekilde kontrol edebilir¹¹⁹³. Bu bağlamda temyiz mahkemesi, re'sen, istinaf mahkemesi tarafından yapılan yorumun, hukuken mümkün olup olmadığını, yasal (AMK m. 133 ve 157)¹¹⁹⁴ veya genel olarak kabul edilen yorum kurallarını, düşün kanunlarını ve tecrübe kurallarını ihlal edip etmediğini denetleyebilir¹¹⁹⁵. Ayrıca, temyiz mahkemesi, usuli bir itirazın varlığı halinde, istinaf mahkemesinin irade beyanlarının yorumuyla bağlantılı olarak bir usule (özellikle AMUK m. 286 ve 287'ye) aykırılık gerçekleştirip gerçekleştirmediğini, örneğin yorum için önemli olan bir husus hakkında delil ikamesi yapıp yapmadığını denetleyebilir¹¹⁹⁶. İlâveten, istinaf mahkemesi tarafından, gerekli olmasına rağmen herhangi bir yorumun yapılmaması veya usule aykırı olarak yorum için önemli olan vakıaların tamamen veya önemli bir ölçüde dikkate alınmaması¹¹⁹⁷ temyiz edilebilir bir hukuka aykırılıktır¹¹⁹⁸. Aynı şekilde, yorumun çelişkili olması da temyiz mahkemesince denetlenebilir bir hukuki meseledir¹¹⁹⁹.

Temyiz mahkemesi, istinaf mahkemesinin yorumunu denetleyebildiği durumlarda, yani istinaf mahkemesi tarafından gerekli olduğu halde yorum yapılmamışsa veya hatalı veya eksik yapılmışsa ya da gerekçelendirilmemişse, bizzat yorum yapabilir. Ancak bunun için, başka vakıa tespitinin gerekmemesi ve temyiz mahkemesi tarafından bizzat yapılacak yorumun hukuki dinlenilme hakkını ihlal etmemesi gerekir. Aksi halde, yani yorum için başka vakıa

¹¹⁹³ **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 9.

¹¹⁹⁴ AMK m. 133'e göre, irade beyanlarının yorumunda, gerçek irade araştırılmalı ve ifadeden harfiyen çıkan anlam ile bağlı kalınmamalıdır. AMK m. 157'e göre ise, sözleşmeler, dürüstlük kuralı ve teamüller dikkate alınarak yorumlanmalıdır.

¹¹⁹⁵ **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 9; **Messer**, s. 605; **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 5; **AK-ZPO/Ankermann**, § 550, Kn. 12; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 546, Kn. 9; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 13; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 9; **Hk-ZPO/Koch**, § 546, Kn. 8a; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 6; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 4; **Schellhammer**, Zivilprozess, s. 533, Kn. 1079; **Bürck**, s. 43, 53 vd.; BGH NJW-RR 1995, 1201; BGH NJW 1996, 248; BGH NJW 2001, 3775, 3776; BGH NJW 2004, 2232, 2233; BGH NJW 2015, 1589, 1590.

¹¹⁹⁶ **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 14; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 9; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 25; **Uhl**, s. 30; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 9-10; BGH NJW-RR 1990, 455; BGH NJW 2012, 3505, 3506.

¹¹⁹⁷ Vakıa hâkimi yorum için önemli olan bütün hususları kapsamlı bir şekilde değerlendirmek zorundadır. Ayrıca hâkim, ilgili mülahazalarını kararın gerekçesinde anlaşılabilir bir şekilde ortaya koymalıdır. BGH NJW 1999, 1022, 1023; BGH NJW-RR 1993, 562.

¹¹⁹⁸ **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 14; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 9; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 25; **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 5; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 9-10; **AK-ZPO/Ankermann**, § 550, Kn. 12; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 13; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 546, Kn. 9; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 6; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 4; **Nassall**, Revision, s. 192, Kn. 881; **Schellhammer**, Zivilprozess, s. 533, Kn. 1079; BGH NJW 1992, 2817; BGH NJW 2010, 3436, 3437.

¹¹⁹⁹ **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 9; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 14; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 13; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 546, Kn. 9.

tespiti gerekiyorsa veya hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilecekse, temyiz mahkemesi dosyayı istinaf mahkemesine geri gönderir¹²⁰⁰.

Bireysel irade beyanlarının ve sözleşmelerin sadece sınırlı bir şekilde denetlenebilirliğine ilişkin bu esaslar, sözleşmenin tamamlayıcı yorumu (*ergänzende Vertragsauslegung*) (AMK m. 157, 242) bakımından da geçerlidir. Bu bağlamda, söz gelimi istinaf mahkemesi tarafından sözleşmenin tamamlayıcı yorumu için gerekli olan şartların yanlış bir şekilde kabul edilmesi, temyiz mahkemesi tarafından denetlenebilir yorum ilkelerinin ihlali anlamına gelir. İlaveten istinaf mahkemesi hukuken hatalı bir şekilde sözleşmelerin tamamlayıcı yorumunu gerçekleştirmemişse, temyiz mahkemesi bizzat sözleşmenin tamamlayıcı yorumunu yapabilir¹²⁰¹.

Özetle Federal Mahkeme, irade beyanlarının yorumunu sadece, yasal veya genel olarak kabul edilen yorum kurallarını, düşün kanunlarını veya tecrübe kurallarını ihlal edip etmediği veya yorum malzemesinin önemli ölçüde gözden kaçırıldığı yönünde usuli hatalara dayanıp dayanmadığı bakımından denetleyebileceğini belirtmektedir¹²⁰². Federal Mahkeme böylelikle, yapılan yorumun sonuç itibarıyla doğru olup olmadığını veya istinaf mahkemesi tarafından bulunan yorum sonucunun olası birkaç yorumdan en bariz olanı olup olmadığını denetlemeyi reddetmektedir¹²⁰³.

Buna karşılık öğretide, Federal Mahkemenin irade beyanlarının yorumunun sınırlı temyiz edilebilirliğine ilişkin öne sürdüğü ilkenin dogmatik gerekçeden yoksun olduğu belirtilmektedir¹²⁰⁴. Ayrıca Federal Mahkemenin bu bağlamdaki yaklaşımı ve verdiği kararlar tutarsız ve yeknesaklıktan yoksundur¹²⁰⁵. Zira, yorum malzemesinin tam olarak dikkate alınıp

¹²⁰⁰ Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 14; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 10; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 28; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 546, Kn. 9; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 13; Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 5; Zöller/Hefler, § 546, Kn. 10; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 546, Kn. 4; Haspl, s. 35-36; Thomas/Putzo/Reichold, § 546, Kn. 6; Hk-ZPO/Koch, § 546, Kn. 9; Schellhammer, Zivilprozess, s. 533, Kn. 1079; BGH NJW 2010, 3436, 3437; BGH NJW-RR 2010, 410, 411

¹²⁰¹ Neufert, s. 122 vd.; Henckel, Wolfram, Die ergänzende Vertragsauslegung, AcP 159 (1960), s. 125-126; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 15; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 28; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 10; Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 5; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 13; Zöller/Hefler, § 546, Kn. 10; Hk-ZPO/Koch, § 546, Kn. 9; BGH NJW 1998, 1219, 1220.

¹²⁰² BGH NJW 2005, 2618, 2619; BGH NJW 2001, 3775, 3776; BGH NJW 2003, 2235, 2236; BGH NJW 2004, 2232, 2233.

¹²⁰³ Messer, s. 605; Uhl, s. 30.

¹²⁰⁴ Messer, s. 605 vd.; Haspl, s. 249; Henke, Rechtsfrage, s. 200; Uhl, s. 30; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 16; Schwarz, Berufung, s. 144.

¹²⁰⁵ Haspl, s. 250 vd.; Uhl, s. 30; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 16.

alınmadığını temyiz denetime tabi kılıp, bu malzemenin doğru bir şekilde değerlendirilip değerlendirilmediğini temyiz denetimi kapsamında çıkarmak tutarsızdır¹²⁰⁶. Ayrıca Federal Mahkeme, yorum konusunda kendi kendisine koyduğu denetim yetkisi sınırlamasına her zaman yeknesak olarak uymamakta, somut olaydaki yorumu tam olarak denetleme ve alt derece mahkemesince yapılan değerlendirmeyi inandırıcı bulmadığında kendi değerlendirmesiyle bunu değiştirme yönünde eğilim geliştirmektedir¹²⁰⁷. Federal Mahkeme, her ne kadar kararlarında temyiz hukuku bakımından dikkate alınacak yorum hatalarını sıralarken “sadece” veya “sadece şu ölçüde” gibi kısıtlayıcı kelimeler kullanarak bu yaklaşımını gizlemeye çalışsa da, pratikte vakia hâkimlerince yapılan yorum sonucunun esas olarak doğruluğunu denetlemektedir¹²⁰⁸.

Federal Mahkemenin, irade beyanlarının sadece sınırlı olarak denetlenebilirliğine ilişkin yaklaşımı, oldukça açık bir şekilde temyiz mahkemesinin iş yükünün azaltılmasını amaçlamaktadır¹²⁰⁹. Ancak böyle bir yaklaşım Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin, temyiz mahkemesinin iş yükünü ayarlamak için yapılan temyiz başvurularını reddetmesinin mümkün olmadığı ve caiz olan bir temyiz yargılamasında somut olay adaletinin sağlanması yönünde taraf menfaatinin de temyizcinin amacı olduğu yönündeki görüşü¹²¹⁰ karşısında da isabetli değildir¹²¹¹. İlâveten, hem ampirik-sübjektif, hem de objektif-normatif ve tamamlayıcı yorumda fiili tespitin ve hukuki değerlendirmenin unsurları birbirinden mantıksal olarak ayrılabilir¹²¹². Ampirik-sübjektif, objektif-normatif ve tamamlayıcı irade beyanı (ve sözleşme) yorumları birbirleriyle kademeli bir ilişki içerisinde. Sözleşmenin ampirik-sübjektif yorumu, fiili meseleler alanına dahildir ve temyiz mahkemesince ancak sınırlı bir şekilde denetlenebilir. Buna karşılık, sözleşmenin hem objektif-normatif hem de tamamlayıcı yorumu münhasıran

¹²⁰⁶ Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 16.

¹²⁰⁷ Neufert, s. 92, 111 vd.; Haspl, s. 250 vd.; May, Arthur, Auslegung individueller Willenserklärungen durch das Revisionsgericht?, NJW 1983, s. 980; Uhl, s. 30.

¹²⁰⁸ Neufert, s. 113; Schwarz, Berufung, s. 147-148; Gottwald, Revisionsinstanz, s. 236-237; Uhl, s. 30. Temyiz mahkemesinin, irade beyanlarının yorumunun denetimi konusunda kendisine büyük bir değerlendirme ve takdir serbestisi bıraktığı yönünde bkz. AK-ZPO/Ankermann, § 550, Kn. 12.

¹²⁰⁹ Messer, s. 613; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 17.

¹²¹⁰ BVerfGE 54, 277, 285 vd.

¹²¹¹ Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 17.

¹²¹² Neufert, s. 60; Schwarz, Berufung, s. 134-135.

hukuki değerlendirme alanına dahildir ve temyiz mahkemesince sınırsız bir şekilde denetlenebilir¹²¹³.

d) Tipikleştirilmiş irade beyanları (*typisierte Willenserklärungen*), genel işlem şartları (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*) ve formüler sözleşmeler (*Formularverträge*): Standart, tip veya formüler sözleşmeler, genel işlem şartları ve tipikleştirilmiş irade beyanları, belirsiz sayıdaki durumlara ve kişilere yönelik olarak kullanılmak üzere önceden standart bir şekilde formüle edilirler¹²¹⁴ ve hukuk normu değildirler. Ancak bunlar beraber, gerek öğreti gerekse de yargı kararlarına göre, tipikleştirilmiş irade beyanları, özel türden sözleşme koşulları olarak temyiz hukuku bakımından hukuk normu gibi ele alınırlar¹²¹⁵. Temyiz mahkemesi, bunların yorumlarını herhangi bir kısıtlama olmaksızın tam olarak denetleyebilir ve bunları serbestçe yorumlayabilir¹²¹⁶. Temyiz mahkemesinin bu yetkisi temelde, temyiz hukuku birliği sağlama amacına hizmet etme ve çelişkili karar riskini ortadan kaldırma argümanına dayanmaktadır¹²¹⁷. Genel işlem şartları, meydana gelme ve kullanılma biçimleri nedeniyle, bireysel düzenlemelerden ve sözleşmelerden oldukça farklıdır¹²¹⁸. Bu tür kurallar dizisinin tek tip olarak ele alınması ve özellikle de genel işlem şartlarında yer alan kayıtların objektif içeriklerine ve tipik anlamlarına göre yeknesak bir şekilde yorumlanması gerekir. Bu da, makul

¹²¹³ **Schwarz**, Berufung, s. 135; **Neufert**, s. 81. Objektif-normatif yorumun temyiz mahkemesince tam olarak denetlenebilirliği yönünde: **Stumpf**, s. 968- 969; **May**, Auslegung, s. 980-981; **May**, Revision, s. 416, Kn. 245; **Neufert**, s. 81; **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 237; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 17; **Schwarz**, Berufung, s. 135. Tamamlayıcı yorumun temyiz mahkemesince tam olarak denetlenebilirliği yönünde: **Manigk**, s. 196; **Neufert**, s. 81; **Schwarz**, Berufung, s. 135.

¹²¹⁴ **Neufert**, s. 21-22; **Stumpf**, s. 958; **Schwarz**, Berufung, s. 2.

¹²¹⁵ **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 7 ve § 546, Kn. 11; **Stumpf**, s. 958; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 15; **Neufert**, s. 21-22; **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 6; **Nassall**, Revision, s. 192, Kn. 882 **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 8; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 22-23; **Uhl**, s. 31; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 7; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 546, Kn. 5; **Hk-ZPO/Koch**, § 546, Kn. 10; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 5; **Schellhammer**, Zivilprozess, s. 533, Kn. 1080; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 5; **AK-ZPO/Ankermann**, § 550, Kn. 13; BGH NJW-RR 2008, 251; BGH NJW 2010, 2877.

¹²¹⁶ **Stumpf**, s. 958; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 546, Kn. 5; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 15; **Bürck**, s. 43-44; **Nassall**, Revision, s. 192, Kn. 882; **Hk-ZPO/Koch**, § 546, Kn. 10; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 22; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 7 ve § 546, Kn. 11; **Messer**, s. 615; **Schellhammer**, Zivilprozess, s. 533, Kn. 1080; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 8; **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 6; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 5; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 5; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 7; **Uhl**, s. 31.

¹²¹⁷ **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 22; **Stumpf**, s. 958; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 8; **Uhl**, s. 31; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 15; **Messer**, s. 615; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 7 ve § 546, Kn. 11; **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 6; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 546, Kn. 5; BGH NJW 1988, 2536; BGH NJW 2008, 1517; BGH NJW 2016, 3015, 3017.

¹²¹⁸ **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 7; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 23.

ve dürüst sözleşme ortakları tarafından bunların nasıl anlaşılacağına göre yapılır¹²¹⁹. Bu bağlamda temyiz mahkemesi, genel işlem şartlarının veya karşılaştırılabilir maddelerin, örneğin banka havalelerine ilişkin banka sözleşmesinin veya bir spor derneği tarafından standart bir form şeklinde kullanılan tahkim sözleşmesinin yorumunu sınırsız bir şekilde denetleyebilir¹²²⁰. Aynı şekilde temyiz mahkemesi, tüzel kişilerin (derneklerin, kurumların veya vakıfların) tüzüklerinin yorumunu de tam olarak denetleyebilir¹²²¹. İlâveten içerikleri kişisel haklara ilişkin olmadıkları sürece bir limited şirketi gibi sermaye şirketlerinin esas sözleşmelerinin yorumu da temyiz mahkemesince tam olarak denetlenebilir¹²²². Buna karşılık şahıs şirketlerinin esas sözleşmelerinin yorumu, atipik irade beyanları kapsamında yer aldıklarından, temyiz mahkemesince bireysel irade beyanlarının yorumu kapsamında ancak sınırlı bir şekilde denetlenebilir¹²²³.

e) Usuli işlemler (*Prozesshandlungen*), usuli beyanlar (*Prozesserkklärungen*) ve taraf beyanları (*Parteivorbringen*): Temyiz mahkemesi, temyizden feragat gibi sadece temyiz derecesi için önem arz eden veya temyiz talepleri veya temyizini geri alınması gibi ilk defa temyiz yargılamasında beyan edilen usuli işlemleri sınırsız bir şekilde yorumlayabilir¹²²⁴. Ayrıca, istinaf mahkemesi tarafından usuli işlemler, usuli beyanlar ve taraf beyanları hakkında yapılan yorum temyiz mahkemesince sınırsız bir şekilde denetlenebilir ve temyiz mahkemesi bunları -anlamları tartışmalı olduğu sürece- serbestçe değerlendirebilir¹²²⁵. Temyiz mahkemesi

¹²¹⁹ **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 7; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 546, Kn. 5; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 5; BGH NJW 2008, 2172, 2173; BGH NJW 2009, 2051; BGH NJW-RR 2011, 1350, 1351; BGH NJW 2014, 2708, 2710.

¹²²⁰ **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 8; **Hk-ZPO/Koch**, § 546, Kn. 10; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 8; **Schellhammer**, Zivilprozess, s. 533, Kn. 1080; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 5; BGH NJW 2000, 2503; BGH NJW-RR 2018, 1331, 1332.

¹²²¹ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 16; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 4-5; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 9; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 24; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 546, Kn. 7; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 545, Kn. 7 ve § 546, Kn. 11; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 8; **Messer**, s. 617; **AK-ZPO/Ankermann**, § 550, Kn. 14; **Nassall**, Revision, s. 193, Kn. 884.

¹²²² **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 16; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 546, Kn. 7; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 8; **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 5; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 5; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 10; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 4; **Schellhammer**, Zivilprozess, s. 533, Kn. 1080; BGH NJW-RR 1990, 99.

¹²²³ **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 8; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 16; **AK-ZPO/Ankermann**, § 550, Kn. 14; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 24; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 546, Kn. 7; BGH NJW-RR 2015, 67, 68.

¹²²⁴ **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 18; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 11; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 11.

¹²²⁵ **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 7; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 6; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 11; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 11; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 546, Kn. 6; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 17; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 4; **Stein/Jonas/Jacobs**,

bizzat ve hatta ilk olarak, bir taraf beyanının ikrar olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini¹²²⁶, davacının sadece adli yardım şartıyla dava açmak isteyip istemediğini¹²²⁷ veya kanun yolundan feragat olup olmadığını¹²²⁸ inceleyebilir ve denetleyebilir¹²²⁹. İlâveten temyiz mahkemesi, başka bir yargılamada yapılan usuli beyanları, bunlar hakkında kesin hüküm etkisine sahip bir karar alınmadığı sürece, bizzat yorumlayabilir veya yapılan yorumu sınırsız bir şekilde denetleyebilir¹²³⁰.

Buna karşılık, sulh sözleşmesi veya tahkim sözleşmesi gibi çift karakterli işlemlerin yorumunun temyiz mahkemesince sınırsız bir şekilde mi yoksa sınırlı olarak mı denetlenebileceği konusunda yargı kararlarında yeknesak bir uygulama yoktur ve Federal Mahkeme son dönemdeki kararlarında bu meseleyi açık bırakmaktadır¹²³¹. Öğretideki hâkim görüşe göre, bu taraf sözleşmeleri usuli işlemlere ilişkin etkileri bünyesinde barındırsa da aynı zamanda maddi hukuka ilişkin etkileri de olan çift karakterli irade beyanlarıdır. Bu nedenle bunların yorumunun temyiz mahkemesince denetimi, bireysel irade beyanlarında olduğu gibi, vakıa hâkiminin yaptığı yorumun düşün kanunlarını, tecrübe kurallarını veya genel yorum kurallarını ihlal edip etmediği veya usul hatalarına dayanıp dayanmadığını kontrol ile sınırlıdır¹²³².

Öğretideki bir görüşe göre, temyiz mahkemesinin bireysel irade beyanlarının yorumunu sınırlı bir şekilde denetleyip, usuli beyanların yorumunu sınırsız bir şekilde denetlemesi açıkça çelişkili bir durumdur. Zira usule ilişkin irade beyanlarını, maddi hukuka ilişkin irade

§ 546, Kn. 18; **Hk-ZPO/Koch**, § 546, Kn. 11; **Uhl**, s. 32; **Schellhammer**, Zivilprozess, s. 533, Kn. 1080; **Nassall**, Revision, s. 194, Kn. 886; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 29; BGH NJW 1992, 2346, 2347; BGH NJW 1998, 3350, 3352; BGH NJW 2013, 3509, 3510; BGH NJW 2016, 1083, 1084.

¹²²⁶ BGH NJW 1999, 579, 580; BGH NJW 2001, 2550, 2251; BGH NJW-RR 2015, 1321, 1323.

¹²²⁷ BGH NJW 1952, 545.

¹²²⁸ BGH NJW 1985, 2335.

¹²²⁹ **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 11; **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 7; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 11; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 6; **Hk-ZPO/Koch**, § 546, Kn. 11; **Uhl**, s. 32; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 546, Kn. 6; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 4.

¹²³⁰ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 546, Kn. 6; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 17; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 11; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 18; BGH NJW- RR 1990, 194, 195.

¹²³¹ BGH NJW-RR 1995, 1201, 1202; BGH NJW 1996, 838, 839.

¹²³² **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 7; **Hk-ZPO/Koch**, § 546, Kn. 11; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 11; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 9; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 29.

beyanlarından farklı bir şekilde ele almak için açık/anlaşılır bir neden yoktur. Bu sebeple de her iki durum aynı şekilde ele alınmalıdır^{1233/1234}.

f) Mahkeme kararları (*Gerichtsentscheidungen*) ve idari işlemler (*Verwaltungsakte*): Temyiz mahkemesince denetlenen karar, diğer mahkeme kararlarına veya resmi kararlara (idari işlemlere) dayanıyorsa ve bunların karar üzerinde fiili/vakıa unsurları yönünden bir etkisi varsa, bu yönüyle mahkeme kararları veya idari işlemler temyiz mahkemesi bakımından bağlayıcı bir etkiye sahiptir¹²³⁵. Buna karşılık, yerleşik yargı kararları ve öğretideki hâkim görüşe göre, mahkeme kararları ve idari işlemlerin yorumu ve hukuki sınıflandırması bakımından temyiz mahkemesi herhangi bir kısıtlamaya tabi değildir¹²³⁶. Yani temyiz mahkemesi, adli ve idari kararları yorumlamak ve hukuki olarak sınıflandırmak hususunda serbesttir¹²³⁷. Bu bağlamda temyiz mahkemesi, ilgili diğer mahkeme kararını, söz gelimi kesin hükmün kapsamını belirlerken, hakkında temyiz başvurusunda bulunulan karar kadar serbestçe yorumlayabilir¹²³⁸. Ayrıca temyiz mahkemesi, istinaf mahkemesinin kararını dayandırdığı diğer mahkeme kararının etkili olup olmadığını veya halen mevcut olup olmadığını inceleyebilir¹²³⁹. İlâveten temyiz mahkemesi, istinaf mahkemesi kararıyla ilgili resmi bir tedbirin idari işlem olup olmadığını, ilgili idari işlemin geçersiz veya hukuken etkili olup olmadığını serbestçe

¹²³³ **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 20; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 29; **Uhl**, s. 32. Böyle bir ayırım yapılmasına karşı eleştirel yönde bkz. **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 240-241; **Kuchinke**, s. 171.

¹²³⁴ Her iki beyan türünün aynı şekilde ele alınması durumunda, usule ilişkin beyanların yorumunun hangi kapsamda temyiz mahkemesince denetlenebileceği genel olarak bireysel irade beyanlarının yorumunun denetimine göre belirlenecektir. Bu hususta yukarıda izah edildiği üzere tartışmalıdır. **Jacobs**'a göre, hem usule hem de maddi hukuka ilişkin irade beyanlarının yorumu temyiz mahkemesince sınırsız bir şekilde denetlenmelidir. Bu husus aynı zamanda çift taraflı etkiye sahip olan taraf sözleşmeleri bakımından geçerli olmalıdır ve böylece bu husustaki çelişkiler de ortadan kalkar. **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 20.

¹²³⁵ **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 18; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 10; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 6; **Uhl**, s. 31; BGH NJW 1998, 3055.

¹²³⁶ **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 6; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 10; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 19; **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 8; **Uhl**, s. 31-32; **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 237- 238; **Kuchinke**, s. 169-171; **AK-ZPO/Ankermann**, § 550, Kn. 15; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 546, Kn. 5; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 18; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 7; **Hk-ZPO/Koch**, § 546, Kn. 12; **Nassall**, Revision, s. 193, Kn. 885; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 11; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 5; BGH NJW 1994, 49, 50; BGH NJW-RR 1994, 1251; BGH NJW 1983, 1793, 1794; BGH NJW 2000, 1268, 1269.

¹²³⁷ **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 8; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 7; **Hk-ZPO/Koch**, § 546, Kn. 12; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 11.

¹²³⁸ **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 10.

¹²³⁹ **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 19; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 10; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 6.

denetleyebilir¹²⁴⁰. Temyiz mahkemesi ayrıca, resmi bir makam tarafından düzenlenen belgenin içeriğinin borçlar hukuku uyarınca bir sözleşme mi yoksa bir idari işlem olarak mı kabul edileceğine karar verebilir¹²⁴¹. Yine temyiz mahkemesi, tapu kayıtları ve bu kayıtlarda yer alan tescilin kabulüne isnat edilen hususlar hakkında yapılan yorumu sınırsız bir şekilde denetleyebilir¹²⁴². Bir patentin içeriği ve yorumu da temyiz mahkemesi tarafından serbestçe denetlenebilir¹²⁴³.

Özetle, istinaf mahkemesi tarafından, mahkeme, tahkim ve resmi kararlarının varlığı, anlamı ve kapsamı hakkında yapılan tespitler temyiz mahkemesince serbestçe denetlenebilir¹²⁴⁴. Bununla beraber temyiz mahkemesinin bu yetkisinin dayanağı ve gerekçesi öğretide tartışmalıdır¹²⁴⁵. Bu bağlamda bir görüş, genel olarak temyiz mahkemesinin usule aykırılık itirazının varlığı halinde kendisinin vakıa tespiti yapmaya ve vakıaları değerlendirmeye yetkili olduğuna atıf yapmaktadır¹²⁴⁶. Başka bir görüş Federal Mahkemenin bu uygulamasını, örf ve adet hukukunun konsolidasyonuna atıfta bulunarak gerekçelendirmektedir¹²⁴⁷. Diğer bir görüş ise, bu bağlamda yapılan denetim için ikna edici bir gerekçenin pek bulunamayacağına işaret etmektedir¹²⁴⁸. Ayrı bir görüşe göre, her adli veya resmi işlem, kural olarak, münferit davanın ötesinde belirsiz sayıda başka davalar için önemli hale gelebilecek olası bir dış etkiye (*Außenwirkung*) sahip olabilir ve temyiz hukuku birliği sağlama amacının sonucu olarak da bunlar yeknesak bir şekilde yorumlanmalıdır¹²⁴⁹.

¹²⁴⁰ Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 10; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 6; Wiczeorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 19; Uhl, s. 31; BGH NJW 1983, 1793.

¹²⁴¹ MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 6; Wiczeorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 19; Zöller/Hefler, § 546, Kn. 11; Thomas/Putzo/Reichold, § 546, Kn. 5; BGH NJW 1958, 1538.

¹²⁴² Messer, s. 616-617; Wiczeorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 19; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 7; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 10; Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 8; Zöller/Hefler, § 546, Kn. 11; BGH NJW 1991, 1613, 1614.

¹²⁴³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 18.

¹²⁴⁴ Wiczeorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 21; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 18.

¹²⁴⁵ Kuchinke, s. 169-171; Stein/Jonas/Jacobs, § 545, Kn. 10; Wiczeorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 20-21; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 6.

¹²⁴⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 17.

¹²⁴⁷ Wiczeorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 21; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 10.

¹²⁴⁸ MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 6. Ayrıca karşı. Gottwald, Revisionsinstanz, s. 237 vd.; AK-ZPO/Ankermann, § 550, Kn. 15.

¹²⁴⁹ Wiczeorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 21; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 10; Messer, s. 616-617.

g) Delillerin değerlendirilmesi (*Beweiswürdigung*): Delillerin değerlendirilmesi vakıaları tespit etmeye hizmet eder ve bu nedenle vakıa hâkiminin işidir¹²⁵⁰. Temyiz mahkemesi, kural olarak, vakıa hâkimince yapılan delillerin değerlendirilmesiyle ve bunun sonucunda tespit edilen vakıalarla bağlıdır (AMUK m. 559)¹²⁵¹. Ancak bununla beraber, delillerin değerlendirilmesi (AMUK m. 286) sırasında hukuki hata yapabilir. Bu nedenlerle temyiz mahkemesi, delillerin değerlendirilmesini sadece hukuki hataya (*Rechtsfehler*) dayanıp dayanmadığı yönünden denetleyebilir^{1252/1253}. Bu bağlamda temyiz mahkemesi, AMUK m. 286'nın gereklerine uygun olarak, vakıa hâkimince dava malzemesinin ve delil ikamesi sonuçlarının kapsamlı ve çelişkisiz bir şekilde ele alınıp alınmadığını, yani değerlendirmenin tam ve hukuken mümkün olup olmadığını ve düşün kanunlarını, tecrübe kurallarını ve doğa

¹²⁵⁰ Geipel, s. 1502, Kn. 102; Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 9; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 546, Kn. 8; Hk-ZPO/Koch, § 546, Kn. 13; Haspl, s. 20.

¹²⁵¹ Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 546, Kn. 8; Hk-ZPO/Koch, § 546, Kn. 13; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 24; Haspl, s. 20; BGH NJW 1993, 935, 937; BGH NJW 1999, 3481, 3482; BGH NJW-RR 2015, 941, 944.

¹²⁵² Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 19; MüKoZPO/Prütting, § 286, Kn. 23; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 15; Wieczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 34; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 24; Haspl, s. 20.

¹²⁵³ Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi (*freie Beweiswürdigung*), tarihsel gelişimi itibarıyla de, bunun temyiz hâkimi için tamamen erişilemez ve dokunulmaz olacağı anlamına gelmez. Dahası bu ilke, vakıa tespitlerinin temyiz denetimi hakkında hiçbir şey söylemez. Yaratıcılarının niyetlerine göre, delillerin serbestçe değerlendirilmesine ilişkin AMUK m. 286'nın koruyucu alanı, hâkimin, kanuni ispat teorisine bağlı olmaksızın, rasyonel olarak kontrol edilen sorumluluk ile kendi başına gerçeği arayabileceğini içermekteydi. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi, kanuni değerlendirme etkilerine veya düzenlemelerine karşıydı. Ve bu ilke, hâkimin ve adalet arayan kişinin, ispat hakkı gibi diğer ilkelerle bağlantılı olarak, gerçeği engelsiz bir şekilde aramasını garanti eder. Yoksa bu ilke, hâkim tarafından yapılan vakıa tespitlerinin başka bir mahkeme tarafından sorgulanmaması ve denetlenmemesi gerektiğini ifade etmez. Ayrıca, delillerin değerlendirilmesinin başka bir hâkim tarafından denetimi, delil değerlendirmesine müdahale anlamına gelmez. Zira burada, hâkimin gerçek bilişsel sürecinin denetimi söz konusu olmaz. Temyiz hâkimi kararı, gerekçesi ve sunumu ile değerlendirdiği, vakıa hâkimi ise fiili ispat nedenlerini değerlendirdiği için her iki hâkimin de değerlendirme materyalleri farklıdır ve bu nedenle temyiz hâkimince yapılan denetim, delil değerlendirmesine müdahale anlamına gelmez. Temyiz mahkemesi, vakıa hâkiminin kararını denetleyerek bizzat vakıa tespiti yapmaz ve vakıa hâkiminin kararına yalnızca, bulunan sonucu “desteklemediği” ölçüde karşı koyar. Buna karşı, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi tarafından hiçbir koruma sağlanmaz. Öte yandan, kanun yolu ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi çelişmez. Kanun yolu ile delillerin değerlendirmesi bakımından “serbestiyetin” “kesinlikle kontrolsüz”, yani diğer hâkimler tarafından da kontrol edilemeyen anlamına gelmediği kabul edilir. Her iki kurum da gerçeği bulmak yönündeki ortak amaca ulaşmanın farklı yönlerini ifade eder. Kanun koyucu bir yandan vakıa hâkimine tam bir değerlendirme serbestisi bırakarak, diğer yandan, hata olasılığı hiçbir zaman göz ardı edilemeyeceği için, gerçeğin bu tespitini kontrol etmek için bir denetleme otoritesi oluşturarak, gerçeğin tespit edilmesini garanti eder. Kanun yolu ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi bu nedenle birbirine zıt değil, gerçeğe bulmak yönündeki ortak hedefe ulaşmak için birbirini tamamlayan kurumlardır. Bu husus temelde hem istinaf hem de temyiz kanun yolu için geçerlidir. Walter, Freie Beweiswürdigung, s. 318-321.

kanunlarını ihlal edip etmediğini denetleyebilir^{1254/1255}. Vakıa mahkemesi, delil ikamesinin önemli bir sonucunu dikkate almadıysa veya kararında bununla ilgilenmediyse, delil değerlendirmesinin eksik olduğu söylenir¹²⁵⁶. Ayrıca, bir dava malzemesinin veya delilin göz ardı edilip edilmediği¹²⁵⁷, delillerin adil bir şekilde ele alınıp alınmadığı¹²⁵⁸ temyiz mahkemesince denetlenebilir¹²⁵⁹.

İddia ve ispat yükü¹²⁶⁰, ispat yükünün dağılımı ve yer değiştirmesi¹²⁶¹, ispat ölçüsü meseleleri¹²⁶² ile kanuni ispat kurallarına ve karinelere uyulup uyulmadığı, delil değerlendirmesinin usul kanununa yabancı soyut bir ispat kuralına dayanıp dayanmadığı, ispatın kolaylaştırılmasına ilişkin kabul edilen ilkelerin¹²⁶³ ve delil kullanımına ilişkin yasakların göz önünde bulundurulup bulundurulmadığı¹²⁶⁴ ve ilk görünüş ispatının yanlış kullanılıp kullanılmadığı¹²⁶⁵ temyiz denetimine tabi olan hususlardır¹²⁶⁶.

¹²⁵⁴ **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 13; **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 9; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 11; **Nassall**, Revision, s. 159, Kn. 742; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 8; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 24; **AK-ZPO/Ankermann**, § 550, Kn. 10; **Geipel**, s. 1502, Kn. 102; **Uhl**, s. 31; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 15; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 19; **Hk-ZPO/Koch**, § 546, Kn. 13; **Haspl**, s. 20-21; **MüKoZPO/Prütting**, § 286, Kn. 23; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 34; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 546, Kn. 10; BGH NJW 1993, 935, 937; BGH NJW 1999, 3481, 3482; BGH NJW 2004, 3623, 3624; BGH NJW-RR 2015, 941, 944.

¹²⁵⁵ Mahkemenin delillerin değerlendirilmesine ilişkin yapmış olduğu gerekçelendirme mantıksız olacak ölçüde ciddi çelişkiler içeriyorsa, bu hem AMUK m. 286'yı hem de anayasal anlamda keyfi karar verme yasağını ihlal eder. BVerfGE 70, 93, 98; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 13; **Geipel**, s. 1502, Kn. 104.

¹²⁵⁶ BGH NJW 1995, 966, 967. Öğretide, Federal Mahkemenin, istinaf mahkemesi kararını bozmayı ve dosyayı istinafa geri göndermeyi gerekli gördüğü durumlarda, bunu çoğunlukla delillerin değerlendirilmesinin eksik olduğu gerekçelendirmesiyle yaptığı, Federal Mahkemenin "eksik delil değerlendirmesi" anahtarı ile pratikte istinaf mahkemesinden farklı bir önem atfettiği her bakış açısını denetleyebildiği yönünde bkz. **Schwarz**, Berufung, s. 118.

¹²⁵⁷ **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 150-151; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 34; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 15; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 24.

¹²⁵⁸ **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 25; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 34; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 15.

¹²⁵⁹ **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 24-25; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 15; **Geipel**, s. 1505 vd.

¹²⁶⁰ BGH NJW 1993, 1716, 1717.

¹²⁶¹ BGH NJW 1994, 3295, 3297.

¹²⁶² BGH NJW 1993, 935, 937; BGH NJW 1999, 486, 488.

¹²⁶³ BGH NJW 1995, 2169.

¹²⁶⁴ BGH NJW 1985, 1470, 1471.

¹²⁶⁵ BGH NJW 1994, 3295, 3298.

¹²⁶⁶ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 546, Kn. 10; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 19; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 25; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 15; **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 9-10; **Hk-ZPO/Koch**, § 546, Kn. 16; **Haspl**, s. 20-21; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 8, 13; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 35; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 11; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 13.

Temyiz mahkemesi, vakıa hâkiminin bilirkişi raporunu dikkatli ve eleştirel bir şekilde değerlendirme ve olası eksiklik, belirsizlik ve şüpheleri ortadan kaldırmaya yönelik çalışma ödevini yerine getirip getirmediğini denetler¹²⁶⁷. Bu amaçla, bilirkişi raporu bir bütün olarak veya en azından münferit noktalarda çok muğlak veya belirsiz ise, ayrıca bir bilirkişi raporunun alınması gerekebilir¹²⁶⁸. Mahkemece atanan iki bilirkişinin görüşlerinin çelişkili olması veya taraflardan birinin mahkemece atanan bilirkişinin bulgularıyla çelişen bir uzman görüşü sunması durumunda, vakıa hâkimi herhangi bir açık ve mantıklı bir gerekçelendirme yapmaksızın uzmanlardan birini tercih ederek, uzmanlar arasındaki uyuşmazlık hakkında karar veremez¹²⁶⁹. Vakıa hâkimi, bilirkişi tarafından çözümlenmesi gereken bir uyuşmazlık konusu hakkında kendi uzmanlığına ve yetkinliğine dayanarak karar vermek istiyorsa, bunu taraflara açıklamalı ve kararında kapsamlı bir şekilde gerekçelendirmelidir. Aksi takdirde temyiz edilebilir bir hukuki hata söz konusu olur¹²⁷⁰. Dolayısıyla temyiz mahkemesi, vakıa hâkiminin bir bilirkişi görüşünün yerini alacak veya bir bilirkişi görüşünü çürütecek yetkinliğe sahip olup olmadığını da denetler¹²⁷¹.

İstinaf mahkemesi, bir tanığın inandırıcılığını ilk derece mahkemesinden farklı bir şekilde değerlendirmek isterse veya tanığın tutanağa geçirilmiş ifadesini başka bir şekilde anlamak isterse tanığı tekrar dinlemelidir. Aksi durum usule ve hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil eder ve temyiz denetimine yol açar¹²⁷².

Temyiz mahkemesinin delillerin değerlendirilmesinde hukuki hata yapıp yapılmadığını denetleyebilmesi için, istinaf mahkemesinin kararında delil değerlendirmesinin temel dayanaklarını ve sebeplerini -gerekirse ilk derecenin kararına atıfta bulunarak-

¹²⁶⁷ Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 10; Geipel, s. 1506, Kn. 113; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 546, Kn. 11; BGH NJW 1995, 779, 780; BGH NJW-RR 2009, 679, 681.

¹²⁶⁸ Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 546, Kn. 11; BGH NJW-RR 2009, 679, 681.

¹²⁶⁹ Hk-ZPO/Koch, § 546, Kn. 16; Geipel, s. 1506, Kn. 113; Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 10; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 546, Kn. 11; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 15; BGH NJW 1994, 2419; BGH NJW 1995, 779, 780; BGH NJW 1997, 794, 795.

¹²⁷⁰ Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 10; Hk-ZPO/Koch, § 546, Kn. 16; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 19; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 24; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 546, Kn. 11; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 15; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 34; BGH NJW 1995, 1677, 1678; BGH NJW 1994, 2419, 2421.

¹²⁷¹ MüKoZPO/Prütting, § 286, Kn. 23; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 34; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 24.

¹²⁷² Nassall, Zeugenvernehmung, s. 314, 323, 324; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 546, Kn. 12; Geipel, s. 1506, Kn. 114; Haspl, s. 21; BGH NJW-RR 2000, 432, 433.

anlaşılabilir şekilde belirtmesi gerekir¹²⁷³. Başka bir deyişle, AMUK m. 286/I uyarınca istinaf mahkemesi delil değerlendirmesini gerekçeli bir şekilde yapmak ve bunu kararında ortaya koymak zorundadır¹²⁷⁴. Bu bağlamda yapılacak gerekçelendirmede olaya uygun bir değerlendirme yapıldığının ortaya konulması yeterlidir, yoksa akla gelebilecek bütün yönlerin açık bir şekilde ele alınıp belirtmesi şart değildir¹²⁷⁵. İstinaf mahkemesinin bu gerekçelendirme ödevini yerine getirmemesi halinde temyiz edilebilir bir hukuki hata söz konusu olur^{1276/1277}.

h) Belirsiz hukuk kavramları (*unbestimmte Rechtsbegriffe*): Dürüstlük kuralı, iyi niyet, ahlaka uygunluk/aykırılık, yerindelik, makullük, haklı sebep vb. belirsiz hukuk kavramlarının hukuki-fiili mesele ayrımı bakımından yeri ve ne kapsamda temyiz denetimine tabi olduğu öğretide tartışmalıdır ve uygulamada da yeknesak bir yaklaşım mevcut değildir. Öğretideki bir görüşe göre, belirsiz hukuk kavramlarının altlanması temyiz mahkemesi tarafından ancak sınırlı bir şekilde denetlenebilir¹²⁷⁸. Diğer görüşe göre ise, belirsiz hukuk kavramlarının altlanması temyiz mahkemesi tarafından tam olarak denetlenebilir¹²⁷⁹.

Uygulamada Federal Mahkemenin belirsiz hukuk kavramlarının altlamasının denetimi konusunda verdiği kararlar yeknesak değildir¹²⁸⁰. Federal Mahkeme bir kararında, bir davranışın dürüstlük kuralının ihlali olup olmadığının yalnızca somut davanın ilgili koşullarının dikkate alınarak belirlenebileceğini ve vakıa hâkimi tarafından yapılacak bu değerlendirmenin

¹²⁷³ **Hk-ZPO/Koch**, § 546, Kn. 15; **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 9; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 13; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 11; **Walter**, Freie Beweiswürdigung, s. 324-325; **Haspl**, s. 21; **Nassall**, Revision, s. 158, Kn. 740; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 8; **MüKoZPO/Prütting**, § 286, Kn. 23; BGH NJW 1998, 2969, 2971; BGH NJW 1991, 1894, 1895.

¹²⁷⁴ BGH NJW 1998, 2969, 2971.

¹²⁷⁵ BGH NJW 1987, 1557; BGH NJW 1992, 2080, 2082.

¹²⁷⁶ **MüKoZPO/Prütting**, § 286, Kn. 23; **Walter**, Freie Beweiswürdigung, s. 326-327; **Nassall**, Revision, s. 158, Kn. 740; **Haspl**, s. 21.

¹²⁷⁷ Federal Mahkeme eski tarihli kararlarında ayrıca, istinaf mahkemesinin fiili yönlerden bazı varsayımlarının dava dosyasında ve delil ikamesi sonucunda hiçbir dayanağının bulunmadığı (BGH NJW 1998, 2969, 2971), istinaf mahkemesinin delil değerlendirmesinin desteklenemez/sürdürülemez (*nicht tragfähig*) olduğu (BGH NJW 1991, 1894, 1895) veya herhangi bir içsel olasılıktan (*jede innere Wahrscheinlichkeit*) yoksun olduğu (BGH NJW 1995, 966, 967) yönündeki argümanları delillerin değerlendirmesine itiraz gerekçesi olarak kabul etmiştir. **Schwarz**, Berufung, s. 119.

¹²⁷⁸ **Henke**, Die Tatfrage, s. 191 vd.; **AK-ZPO/Ankermann**, § 550, Kn. 7-8; **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 12; **Zöller/Heßler**, § 546, Kn. 12; **Hk-ZPO/Koch**, § 546, Kn. 18; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 546, Kn. 14-15. Ayrıca bkz. § 6/III/D.

¹²⁷⁹ **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 161 vd., 184; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 8, 27; **Prütting**, Revision, s. 196 vd., 199; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 15, 37; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 15; **Sinaniotis**, s. 884; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, Kn. 29-30.

¹²⁸⁰ **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 13; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 15.

temyiz mahkemesi tarafından sadece sınırlı bir ölçüde denetlenebileceğini belirtmektedir¹²⁸¹. Buna karşılık Federal Mahkeme başka bir kararında ise dürüstlük kuralı ihlali olup olmadığı meselesinin salt bir fiili mesele değil, aynı zamanda temyiz denetimine tabi olan bir hukuki mesele olduğunu ifade etmektedir¹²⁸². Aynı şekilde Federal Mahkeme bir kararında, yapılan vakıa tespitine binaen bir tarafça ahlaka aykırı davranışta bulunup bulunulmadığına yönelik kabulün, prensip olarak vakıa hâkiminin nihai değerlendirmesine bağlı olduğunu ve temyiz mahkemesi bunun ancak sınırlı bir ölçüde denetleyebildiği belirtmektedir¹²⁸³. Başka bir kararda ise Federal Mahkeme, bir davranışın ahlaka aykırı olup olmadığının ve istinaf mahkemesinin davanın genel koşullarını gerekli ölçüde değerlendirip değerlendirmedığının temyiz mahkemesince sınırsız bir şekilde denetlenebileceğini ifade etmektedir¹²⁸⁴. Haklı sebep konusunda ise Federal Mahkemeye göre, fesih için haklı bir sebebinin olup olmadığına yönelik değerlendirme esasen fiili mesele niteliğindedir. Temyiz mahkemesinin bu konuda yapacağı denetim, istinaf mahkemesinin haklı sebep hukuki kavramını yanlış değerlendirip değerlendirmedığı, temyizde itiraz edilen usule aykırılıkları gerçekleştirip gerçekleştirmediği, önemli bir vakıayı gözden kaçırıp kaçırmadığı veya bunları tam olarak değerlendirip değerlendirmedığı veya tecrübe kurallarını veya düşün kanunlarını ihlal edip etmediği ile sınırlıdır¹²⁸⁵. Yine Federal Mahkemeye göre somut olayda ağır ihmalin bulunup bulunmadığına yönelik yapılacak denetim de aynı kapsamda (sınırlı bir ölçüde) gerçekleştirilecektir¹²⁸⁶. Bununla beraber Federal Mahkemeye göre, istinaf mahkemesinin tespitleri hayat olayının tam bir resmini ortaya koyuyorsa, temyiz mahkemesi kusurun derecesini bizzat değerlendirebilir¹²⁸⁷. Başka bir kararında Federal Mahkeme, bir tedavi hatasının ağır tedavi hatası olarak değerlendirilmesinin vakıa hâkiminin sorumluluğunda olan bir hukuki değerlendirme olduğunu, bununla beraber vakıa hâkiminin bu değerlendirmesinin tedavi sürecinin tıbbi değerlendirmesini içeren bir bilirkişi raporuna dayanması gerektiğini ve bu nedenle bir tedavi hatasının ağır bir hata teşkil edip etmediği konusunda tıp uzmanı bilirkişi görüşünün göz ardı edilemeyeceğini, vakıa hâkimince tedavi hatasının ağır olarak

¹²⁸¹ BGH NJW 2003, 2448, 2449.

¹²⁸² BGH NJW 1966, 1653, 1656; BGH NJW 2015, 3160.

¹²⁸³ BGH NJW-RR 2007, 1676.

¹²⁸⁴ BGH NJW 2003, 2825, 2826. Aynı yönde bkz. BGH NJW 2014, 1380.

¹²⁸⁵ BGH NJW 1990, 2889, 2890; BGH NJW 1994, 443, 444. Ek bir maliyetin önemi ölçüde olup olmadığı konusunda da aynı kapsamda sınırlı bir temyiz denetimi yapılabileceği yönünde: BGH NJW 2007, 211, 212.

¹²⁸⁶ BGH NJW 1993, 1066, 1067; BGH NJW 1993, 1583, 1584; BGH NJW 2010, 3292, 3295; BGH NJW-RR 2017, 464, 467.

¹²⁸⁷ BGH NJW 1992, 316, 317; BGH NJW 1994, 2093, 2094.

değerlendirilmesinin bilirkişi raporunda yeterli bir temel bulmamasının temyiz edilebilir bir hukuki hata olduğunu ifade etmektedir¹²⁸⁸.

ı) Takdir yetkisi (*Ermessen*): Gerek maddi hukuk gerekse de usul hukuku bağlamında kanun koyucu bazı durumlarda vakıa hâkimine hukuku uygulaması bakımından bir takdir yetkisi vermiştir. Takdire bağlı/takdiri bir kararın (*Ermessensentscheidung*) amaca uygun olup olmadığı ve dolayısıyla doğru olup olmadığı bir hukuki meseledir¹²⁸⁹. Ancak bununla beraber, takdire bağlı kararların doğasında, birkaç hukuki sonucun uygun ve eşit derecede doğru olması mümkündür¹²⁹⁰. Bu nedenle de, ilkesel olarak, temyiz mahkemesinin kendi takdirine bağlı kararını alt derece mahkemesinin takdire bağlı kararının yerine koyamayacağı ve takdire bağlı kararları sadece sınırlı bir ölçüde denetleyebileceği kabul edilmektedir¹²⁹¹. Zira vakıa hâkimi takdire bağlı karar verirken hukuka aykırılık gerçekleştirebilir ve dolayısıyla takdir hataları (*Ermessensfehler*) söz konusu olabilir¹²⁹². Bu bağlamda temyiz mahkemesi sadece, takdire bağlı bir kararın şartlarının mevcut olup olmadığını, istinaf mahkemesinin kendisine tanınan takdir yetkisini fiilen kullanıp kullanmadığını, istinaf mahkemesinin takdir yetkisini kullanırken tespit edilen vakıaların tüm temel bilgilerini göz önünde tutup tutmadığını ve takdir yetkisinin sınırlarını aşıp aşmadığını veya takdir yetkisinin kötüye kullanılıp kullanmadığını (bu bağlamda özellikle de takdire bağlı kararın alakasız mülahazalara dayanıp dayanmadığını) denetler¹²⁹³. Ayrıca temyiz mahkemesi tarafından bu kapsamda bir denetim yapılabilmesi için, istinaf mahkemesinin takdir yetkisini dolduran mülahazalarını ve takdir yetkisinin

¹²⁸⁸ BGH NJW 1997, 798, 799.

¹²⁸⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 31; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 28.

¹²⁹⁰ Behrens, s. 26; Stichelbrock, s. 8 vd., 216 vd.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 31; Arnold, Zur Überprüfung, S. 63; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 28.

¹²⁹¹ Stichelbrock, s. 267; Behrens, s. 43 vd.; Arnold, Zur Überprüfung, S. 65; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 28; Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 13; AK-ZPO/Ankermann, § 550, Kn. 9; Zöller/Heßler, § 546, Kn. 14; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 546, Kn. 16; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 31; Hk-ZPO/Koch, § 546, Kn. 19; Wieczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 33; Thomas/Putzo/Reichold, § 546, Kn. 13; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 546, Kn. 13; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 14; BGH NJW 1982, 1765; BGH NJW 2016, 1441, 1442.

¹²⁹² Behrens, s. 46 vd.; Stichelbrock, s. 267 vd.; Arnold, Zur Überprüfung, S. 65; Wieczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 33; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 14.

¹²⁹³ AK-ZPO/Ankermann, § 550, Kn. 9; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 31; Zöller/Heßler, § 546, Kn. 14; MüKoZPO/Krüger, § 546, Kn. 14; Behrens, s. 47 vd.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 546, Kn. 13; Stichelbrock, s. 267; Arnold, Zur Überprüfung, S. 65; Musielak/Voit/Ball, § 546, Kn. 13; Thomas/Putzo/Reichold, § 546, Kn. 13; Wieczorek/Schütze/Prütting, § 546, Kn. 33; Hk-ZPO/Koch, § 546, Kn. 19; Stein/Jonas/Jacobs, § 546, Kn. 28; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 546, Kn. 16; BGH NJW 1982, 1765; BGH NJW-RR 1994, 1143, 1144; BGH NJW 2009, 502, 505; BGH NJW 2009, 993, 997; BGH NJW 2016, 1441, 1442.

kullanılmasında hangi hususların belirleyici olduğunu kararında anlaşılır ve denetlenebilir bir şekilde ortaya koyması gerekir¹²⁹⁴.

Zararın tespiti (*Schadensermittlung*) ve takdiri (*Schadensschätzung*) bakımından AMUK m. 287 uyarınca mahkeme, zararın meydana gelip gelmediği ve zararın ne kadar olduğu konusunda, bu husustaki tüm şartları dikkate alarak kendi serbest kanaatine göre karar verir. Dolayısıyla zararı takdir etmek ve manevi tazminat taleplerini değerlendirmek temelde vakıa hâkiminin işidir ve vakıa hâkimi bu konuda, somut davadaki tüm koşulları dikkate alarak, kendi serbest kanaatine göre karar verir. Bu nedenle de temyiz mahkemesinin bu konudaki denetimi hukuki hatalarla sınırlıdır. Bu bağlamda temyiz mahkemesi sadece, zarar kavramının ve zararın tespitine ilişkin yasal ilkelerin yanlış değerlendirilip değerlendirilmediğini, zararın tayininin yanlış veya açıkça alakasız hususlara dayandırılıp dayandırılmadığını, zararın tayini bakımından önemli olan vakıaların göz ardı edilip edilmediğini, temel hesaplama faktörlerinin ihmal edilip edilmediğini veya hesaplamanın yanlış standartlara dayandırılıp dayandırılmadığını denetler¹²⁹⁵. Temyiz mahkemesi ayrıca, zararın tespiti için gerekli olan şartların ortaya konulması hususunda aşırı bir talepte bulunulup bulunulmadığını da denetleyebilir¹²⁹⁶. Aynı şekilde manevi tazminatın tespiti de temelde vakıa hâkiminin işi olmakla beraber, temyiz mahkemesi bu tespitin sadece hukuki hatalar içerip içermediğini denetleyebilir. Bu bağlamda temyiz mahkemesi özellikle, vakıa hâkiminin manevi tazminatı keyfi bir şekilde tespit edip etmediğini, manevi tazminatın değerlendirilmesiyle ilgili tüm koşulları yeterince ele alıp almadığını ve tazminatın ihlalin türü ve süresiyle uygun şekilde ilişkili olmasını sağlamaya çaba gösterip göstermediğini denetler^{1297/1298}.

¹²⁹⁴ **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 14; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 28; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 546, Kn. 33; **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 13; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 16; **Arnold**, Zur Überprüfung, S. 65; BGH NJW-RR 1994, 1143, 1144.

¹²⁹⁵ **Hk-ZPO/Koch**, § 546, Kn. 20; **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 13; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 17; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 29; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 14; BGH NJW 1995, 2227, 2228; BGH NJW-RR 1993, 795, 796; BGH NJW-RR 2009, 542, 543; BGH NJW 2013, 1870, 1871; BGH NJW 2016, 3092, 3094.

¹²⁹⁶ **Musielak/Voit/Ball**, § 546, Kn. 13; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 546, Kn. 17; BGH NJW 1993, 2673; BGH NJW 1995, 2227, 2228.

¹²⁹⁷ **Stein/Jonas/Jacobs**, § 546, Kn. 29; **MüKoZPO/Krüger**, § 546, Kn. 14; BGH NJW 1998, 2741, 2742

¹²⁹⁸ Somut olayda hangi tazminatın adil/hakkaniyete uygun (*billig*) bir manevi tazminat olduğu sorusu hem belirsiz hukuk kavramlarının altlaması hem de takdir yetkisinin kullanımı birlikte gözetilerek cevaplandırılabilir. Zira bu, sadece AMK m. 847'deki "hakkaniyete uygun" belirsiz hukuk kavramından değil, aynı zamanda AMUK m. 287'e göre hâkimin zararı tespit için sahip olduğu takdir yetkisinden kaynaklanmaktadır. AMK m. 847'nin altlaması bakımından hâkimin bir takdir yetkisi yoktur. Hakkaniyete uygun tazminat kavramı belirsiz hukuk kavramıdır (**Stickelbrock**, s. 249, dp 127). Temyiz mahkemesi, adil/hakkaniyete uygun kararlar (*Billigkeitsentscheidungen*) bakımından yalnızca sınırlı bir denetim yetkisine sahiptir. Bu hususta temyiz

D. Mutlak Temyiz Sebepleri

Alman hukukunda mutlak temyiz sebepleri AMUK m. 547’de açıkça sayılmıştır. Bu mutlak temyiz sebeplerinin varlığı halinde, usule aykırılığın kararın içeriğini ve sonucunu etkilediği aksi iddia edilemez/ çürütülemez (*unwiderlegbar*) bir şekilde kabul edilmektedir. Bu halde, temyiz mahkemesi, karar içerik olarak doğru olsa ve usule aykırılık kararı fiilen etkilemese bile itiraz edilen kararı bozar ve dosyayı istinaf mahkemesine geri gönderir. Bu durumda temyiz mahkemesi ne AMUK 563/III uyarınca bizzat esas hakkında hüküm verebilir ne de AMUK m. 561/I uyarınca kararın başka sebeplerden doğru olup olmadığını inceleyebilir¹²⁹⁹.

Mutlak temyiz sebeplerinden birinin mevcut olup olmadığı temyiz mahkemesi tarafından, kural olarak, re’sen değil, yalnızca usulüne uygun bir usuli itirazın (AMUK m. 551/III, 2b) varlığı halinde incelenir. Bu kuralın istinası yalnızca vazgeçilemez nitelikteki dava şartları bakımından söz konusudur. Yani mutlak temyiz sebebi davanın şartlarının varlığıyla ilgili ise (AMUK m. 547/IV’de olduğu gibi), istisnai olarak, temyiz mahkemesi tarafından re’sen incelenir¹³⁰⁰. Öte yandan mutlak temyiz sebeplerine ilişkin AMUK m. 547’deki katalog kesindir (*abschließend*). Başka bir deyişle, mutlak temyiz sebepleri AMUK m. 547’de tahdidi olarak sayılmıştır ve kıyas yoluyla genişletilemezler¹³⁰¹. Diğer usule aykırılıklar, AMUK m.

mahkemesi, vakıa hâkiminin hakkaniyet incelemesi bağlamında ilgili hukuki kavramları yanlış değerlendirip değerlendirmediyi veya bu kavramlar altında sınıflandırma için gerekli olan koşulları göz ardı edip etmediğini denetleyebilir. Bu bağlamdaki hukuki denetime özellikle, vakıa hâkiminin dava malzemesini ve delil sonuçlarını kapsamlı ve çelişkisiz bir şekilde ele alıp almadığı, yani değerlendirmesinin tam ve hukuken mümkün olup olmadığını ve tecrübe kuralları veya düşün kanunlarını ihlal edip etmediği hususları tabidir (Thomas/Putzo/Reichold, § 546, Kn. 15; BGH 2013, 2434, 2436; NJW 2014, 1302, 1303). Takdir edilen manevi tazminatın miktarı bakımından temyiz mahkemesi sadece bunun bir hukuki hataya dayalı olup olmadığını denetleyebilir (BGH NJW 1954, 1034; BGH NJW 1998, 2741, 2742). Bu bağlamda temyiz mahkemesi özellikle, vakıa hâkiminin manevi tazminatı keyfi bir şekilde tespit edip etmediğini, manevi tazminatın değerlendirilmesiyle ilgili tüm koşulları yeterince ele alıp almadığını ve tazminatın ihlalin türü ve süresiyle uygun şekilde ilişkili olmasını sağlamaya çaba gösterip göstermediğini denetler (Stein/Jonas/Jacobs, § 545, Kn. 29; BGH NJW 1998, 2741, 2742).

¹²⁹⁹ MüKoZPO/Krüger, § 547, Kn. 22; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 547, Kn. 11; Thomas/Putzo/Reichold, § 547, Kn. 1; Stein/Jonas/Jacobs, § 547, Kn. 6; Hk-ZPO/Koch, § 547, Kn. 2; Nassall, Revision, s. 164, Kn. 761; Musielak/Voit/Ball, § 547, Kn. 2.

¹³⁰⁰ Zöller/Heßler, § 547, Kn. 1; AK-ZPO/Ankermann, § 551, Kn. 1; MüKoZPO/Krüger, § 547, Kn. 3; Stein/Jonas/Jacobs, § 547, Kn. 5; Thomas/Putzo/Reichold, § 547, Kn. 1; Musielak/Voit/Ball, § 547, Kn. 2; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 547, Kn. 5; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 547, Kn. 4; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 36; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 547, Kn. 1; Hk-ZPO/Koch, § 547, Kn. 2; BGH NJW 2007, 909, 911.

¹³⁰¹ Hk-ZPO/Koch, § 547, Kn. 1; Stein/Jonas/Jacobs, § 547, Kn. 7; Musielak/Voit/Ball, § 547, Kn. 19; MüKoZPO/Krüger, § 547, Kn. 21; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 547, Kn. 17; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 547, Kn. 10; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 547, Kn. 1.

547'nin unsurlarından birinin kapsamına alınamıyorsa, sadece genel hüküm olan AMUK m. 545 kapsamında temyiz edilebilirler¹³⁰².

AMUK m. 547'de sayılan mutlak temyiz sebepleri şunlardır: 1) mahkemenin usulüne uygun teşekkül etmemesi, 2) yasaklı bir hâkimin karara katılması, 3) reddedilen veya çekilen ve bu ret talebinin veya çekilmenin haklı olduğuna karar verilmiş olan bir hâkimin karara katılması, 4) bir tarafın, açık veya zımni izin vermedikçe, davada usulüne uygun temsil edilmemiş olması¹³⁰³, 5) sözlü yargılamada aleniyet ilkesine (yargılamanın aleni veya tam tersine gizli yapılmasına ilişkin zorunlu düzenlemelere) aykırı bir şekilde karar verilmesi ve 6) mahkemenin kararının bu kanun (usul kanunu) hükümlerine aykırı olarak gerekçesiz¹³⁰⁴ olması mutlak bir temyiz sebebidir¹³⁰⁵.

E. Vakıa Tespitlerinin Denetimi

AMUK m. 559'e göre; temyiz mahkemesi, değerlendirmesinde, sadece istinaf mahkemesi hükmünden veya duruşma tutanaklarından anlaşılan taraf beyanlarını dikkate alabilir. Ayrıca, sadece AMUK m. 551/III/2b'de belirtilen vakıalar, yani bir usule aykırılık itirazını gerekçelendiren vakıalar, temyiz mahkemesi tarafından dikkate alınabilir (AMUK m. 559/I). İstinaf mahkemesince bir vakıa iddiasının gerçek veya gerçek olmadığına dair yapılan

¹³⁰² Stein/Jonas/Jacobs, § 547, Kn. 7; Musielak/Voit/Ball, § 547, Kn. 19; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 547, Kn. 10; Hk-ZPO/Koch, § 547, Kn. 1; MüKoZPO/Krüger, § 547, Kn. 21.

¹³⁰³ Diğer mutlak temyiz sebeplerinden farklı olarak AMUK m. 547/IV kapsamında usulüne uygun temsil edilmemiş olma, temyiz mahkemesi tarafından re'sen dikkate alınır. Çünkü bu sebep, vazgeçilemez nitelikteki dava şartlarına ilişkindir. Nassall, Revision, s. 177, Kn. 820; MüKoZPO/Krüger, § 547, Kn. 13; Prütting/Gehrlein/Ackermann, ZPO, § 547, Kn. 10; Hk-ZPO/Koch, § 547, Kn. 13; Zöller/Hefler, § 547, Kn. 5; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 547, Kn. 34; Stein/Jonas/Jacobs, § 547, Kn. 18.

¹³⁰⁴ AMUK m. 547'e göre mutlak temyiz sebepleri ile karar arasında illiyet bağının mevcut olduğu aksi iddia edilemez bir şekilde kabul edilir. Ancak Federal Mahkemenin yerleşik içtihatlarına göre, usul ekonomisi sebebiyle AMUK m. 547/VI bu kuralın istinasını oluşturur. Şöyle ki, istinaf mahkemesi tarafından tartışılmayan ve gerekçede belirtilmeyen iddia veya savunma aracı davanın kabulünü veya reddini haklı çıkarmaya elverişli değilse, AMUK m. 547/VI uygulanmaz. Çünkü bu durumda kararın bozulması ve geri yollanması, sadece bozulan kararın tekrarına yol açacaktır (BGH NJW 1963, 2272; BGH NJW 1983, 2318, 2320; BGH NJW-RR 1989, 856). Öğretide aksi yönde olan bir görüşe göre ise, bu yaklaşım ikna edici değildir ve kanun koyucu tarafından mutlak temyiz sebeplerinin oluşturulmasında öngörülen anlayış ile açık bir çelişki içerisindedir. AMUK m. 547 bilinçli olarak usul ekonomisi ışığında oluşturulmamıştır. AMUK m. 547/VI'da sayılan kararın gerekçesiz olması mutlak temyiz sebebinin varlığı halinde de, bunun kararı etkilediği aksi iddia edilemez bir kesin kanuni karine olarak kabul edilir ve bu aykırılığın karar üzerinde bir etkisi olup olmadığına dair inceleme yapılamaz (Wiczorek/Schütze/Prütting, § 547, Kn. 54; Stein/Jonas/Jacobs, § 547, Kn. 27).

¹³⁰⁵ Nassall, Revision, s. 172 vd.; Stein/Jonas/Jacobs, § 547, Kn. 8 vd.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 143, Kn. 37 vd.; MüKoZPO/Krüger, § 547, Kn. 5 vd.; Wiczorek/Schütze/Prütting, § 547, Kn. 13 vd.; Musielak/Voit/Ball, § 547, Kn. 3 vd.; Hk-ZPO/Koch, § 547, Kn. 4 vd.; Thomas/Putzo/Reichold, § 547, Kn. 2 vd.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 547, Kn. 5 vd.

tespit, bu tespiti karşı caiz ve haklı bir itirazda bulunulmadığı sürece, temyiz mahkemesi için bağlayıcıdır (AMUK m. 559/II).

İstinaf mahkemesinin temyiz mahkemesi için bağlayıcı olan vakıa tespitleri, net ve kullanılabilir olan tespitlerdir. Bu nedenle yapılan tespitler, onları kullanılamaz hale sokacak hatalar içeriyorsa, temyiz mahkemesini bağlamaz. Bu bağlamda örneğin, istinaf mahkemesinin yapmış olduğu tespitler, çelişkili, belirsiz veya boşluklar içeriyorsa, temyiz mahkemesi için bağlayıcı değildir. Zira bu tarz tespitler, onları kullanılamaz hale sokan hatalar içeren ve temyiz mahkemesinin kararı için yeterli bir temel oluşturmeyen tespitlerdir. Bu, temyiz mahkemesi tarafından re'sen dikkate alınır¹³⁰⁶.

Öte yandan taraflar, istinaf mahkemence yapılan vakıa tespitlerine karşı, temyiz nezdinde itiraz edebilirler. Taraflarca, vakıa tespitlerine karşı caiz ve haklı bir usuli itiraz ileri sürülmüşse, temyiz mahkemesi istinaf mahkemesinin yapmış olduğu vakıa tespitleriyle bağlı değildir (AMUK m. 559/II)¹³⁰⁷. Bu bağlamda taraflar örneğin, istinaf mahkemesinin usule aykırı olarak, vakıa iddialarını veya delil ikame taleplerini göz ardı ettiği¹³⁰⁸, taraflarca ileri sürülmeyen vakıaları kullandığı¹³⁰⁹, taraflarca sunulan belgeyi eksik değerlendirdiği, aydınlatma ödevini ihlal ettiği veya bir vakıayı hatalı bir şekilde maruf ve meşhur vakıa olarak gördüğü¹³¹⁰ yönünde temyiz mahkemesi nezdinde usuli itirazda bulunabilirler¹³¹¹. Ayrıca taraflar, istinaf mahkemesinin delillerin ikamesinde veya değerlendirilmesinde usul hataları yaptığı yönünde itirazda bulunabilirler¹³¹². Bunun üzerine temyiz mahkemesi, istinaf mahkemesinin AMUK m. 286'nın gereklerine uygun olarak, dava malzemesini ve delil ikamesi

¹³⁰⁶ **Zöller/Heßler**, § 559, Kn. 11; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 559, Kn. 26; **MüKoZPO/Krüger**, § 559, Kn. 11; **Hk-ZPO/Koch**, § 559, Kn. 19; **Musielak/Voit/Ball**, § 559, Kn. 22.

¹³⁰⁷ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 559, Kn. 7; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 559, Kn. 15; **Hk-ZPO/Koch**, § 559, Kn. 21; **Musielak/Voit/Ball**, § 559, Kn. 22; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 559, Kn. 27; **MüKoZPO/Krüger**, § 559, Kn. 14; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 559, Kn. 51-52.

¹³⁰⁸ BGH NJW 1993, 1649, 1650.

¹³⁰⁹ BGH NJW-RR 1993, 464, 465.

¹³¹⁰ **MüKoZPO/Krüger**, § 559, Kn. 14.

¹³¹¹ **Zöller/Heßler**, § 559, Kn. 11; **Musielak/Voit/Ball**, § 559, Kn. 22; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 559, Kn. 17; **Hk-ZPO/Koch**, § 559, Kn. 22; **Gottwald**, Revisionsinstanz, s. 187 vd.; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 559, Kn. 29; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 559, Kn. 51; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 145, Kn. 19; **Rimmelspacher**, Revisionsgründe, s. 68; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 559, Kn. 15; **MüKoZPO/Krüger**, § 559, Kn. 14.

¹³¹² **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 559, Kn. 15; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 559, Kn. 51; **Hk-ZPO/Koch**, § 559, Kn. 18; **Musielak/Voit/Ball**, § 559, Kn. 21; **Wieczorek/Schütze/Prütting**, § 559, Kn. 29; **MüKoZPO/Krüger**, § 559, Kn. 14; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 145, Kn. 19; **Thomas/Putzo/Reichold**, § 559, Kn. 17.

sonuçlarını kapsamlı ve çelişkisiz bir şekilde ele alınıp alınmadığını, yani değerlendirmenin tam ve hukuken mümkün olup olmadığını ve düşün kanunlarını, tecrübe kurallarını ve doğa kanunlarını ihlal edip etmediğini denetleyebilir¹³¹³. İstinaf mahkemesinin AMUK m. 398’i ihlal ederek ilk derecedeki tanıkları tekrar dinlemekten kaçınması¹³¹⁴ veya yeterli bir sebep olmaksızın yalnızca tek bir hâkim tarafından sorgulanan bir tanığın güvenilirliğine karar vermesi¹³¹⁵ halinde, taraflar istinaf mahkemesinin delil ikamesinde usul hataları yaptığını ileri sürebilirler ve temyiz mahkemesi bu delil ikamesinin sonucuyla bağlı olmaz¹³¹⁶.

¹³¹³ **Hk-ZPO/Koch**, § 559, Kn. 18; **Musielak/Voit/Ball**, § 559, Kn. 21; **Stein/Jonas/Jacobs**, § 559, Kn. 51; BGH NJW 1999, 3481, 3482; BGH NJW 2014, 71, 72.

¹³¹⁴ BGH NJW 1995, 1292, 1293.

¹³¹⁵ BGH NJW 1991, 3284.

¹³¹⁶ **Stein/Jonas/Jacobs**, § 559, Kn. 51; **Hk-ZPO/Koch**, § 559, Kn. 22; **Musielak/Voit/Ball**, § 559, Kn. 22; **Prütting/Gehrlein/Ackermann**, ZPO, § 559, Kn. 15.

§ 9 AVUSTURYA HUKUKUNDA İSTİNAF VE TEMYİZ KANUN YOLU SEBEPLERİ VE DENETİMİ

I. İstinaf Sebepleri ve Denetimi

A. Genel Olarak

Avusturya Medeni Usul Kanunu'nda (AvMUK) istinaf sebepleri açıkça düzenlenmemiştir. İstinaf sebepleri, istinaf bakımından kanunda öngörülen sınırlamalar dahilinde, taraflarca aleyhine başvurulmuş ilk derece mahkemesinin bütün hatalarıdır¹³¹⁷.

Kanunda yer alan bazı düzenlemelerden ve yargı kararlarından hareketle öğretide istinaf sebepleri bakımından çeşitli ayrımlar yapılmaktadır¹³¹⁸. Bu ayrımlar temelde istinaf sebeplerinin içeriğine değil, tasnifine ilişkindir. Öğretide ağırlıklı olarak yapılan tasnife göre¹³¹⁹ istinaf sebepleri; yokluk sebepleri (ağır usul hataları), diğer önemli usul hataları, hatalı vakıa tespitleri ve hatalı hukuki değerlendirmeler olmak üzere dört ana başlıkta toplanır. İlk iki sebep usule aykırılık, son iki sebep ise esasa aykırılık teşkil eder¹³²⁰.

B. Yokluk Sebepleri (Ağır Usul Hataları)

1. Genel Olarak

Yokluk sebepleri, usul hukukuna ilişkin temel kuralları ihlal eden, kural olarak re'sen göz önünde tutulan ve ilişkin olduğu kararın maddi bakımından doğru olup olmadığından

¹³¹⁷ **Rechberger/Simotta**, s. 618.

¹³¹⁸ *Fasching*'e göre, istinaf sebepleri; usule aykırılık, maddi mesele hakkında yanlış sonuca ulaşılması ve hukuki meselenin yanlış çözümlenmesidir. Usule aykırılıklar; yokluk sebepleri, diğer önemli usule aykırılıklar ve taraf talepleri hakkında eksik karar verilmesi hallerinde söz konusu olur. Maddi mesele hakkında yanlış karar verilmesi; delil değerlendirmesinin hatalı yapılması, hatalı vakıa tespitleri ve dava dosyasına aykırılıktan meydana gelir. Hukuki meselenin yanlış çözümlenmesi ise; hukuk normunun tespitinde hata, hukuk normunun uygulanmasında hata ve hukuki sonucun değerlendirilmesinde hata olarak karşımıza çıkabilir (**Fasching**, Lehrbuch, s. 887 - 896, Kn. 1751-1773). *Brugger*, Avusturya hukukundaki güncel bakış açısına göre istinaf sebeplerinin temelde ikiye ayrıldığını ve bunlarında da; yargılamada hata (*errores in procedendo*) ve kararda hata (*errores in iudicando*) olduğunu belirtmektedir. Yargılamada hata; yokluk sebepleri veya diğer önemli usul hatalarıdır. Bunlar esasen usul kurallarının hatalı bir şekilde değerlendirilmesi veya uygulanmasıdır. Kararda hata ise; dava dosyasına aykırılık, dava malzemesinin hatalı toplanması, hatalı maddi veya hukuki değerlendirmelerdir. *Brugger*'e göre, istinaf sebepleri esasen altıya ayrılır. Bunlar; yokluk sebepleri (ağır usul hataları), diğer önemli usul hataları, dava dosyasına aykırılık, delil - vakıa itirazı (delil değerlendirilmesinin hatalı olmasıyla nedeniyle hatalı vakıa tespitleri), hukuki itiraz (hatalı hukuki değerlendirmeler) ve yargılama giderlerine yönelik itirazdır (**Brugger, Walter**, Die erfolgreiche Berufung im Zivilprozess, 2. Aufl., Wien 2015, s. 26, Kn. 85-86).

¹³¹⁹ **Holzhammer**, s. 323; **Rechberger/Simotta**, s. 618-624, Kn. 1085- 1094; **Buchegger**, in: Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, s. 382-383; **Deixler-Hübner/Klicka**, Zivilverfahren, s. 220-222; **Roth/Holzhammer**, s. 102-103.

¹³²⁰ **Holzhammer**, s. 323; **Buchegger**, in: Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, s. 381.

bağımsız olarak dikkate alınan ağır usul hatalarıdır¹³²¹. Yokluk sebepleri her ne kadar kanunda en ağır usule aykırılıklar olarak değerlendirilse de, yokluk sebeplerinin varlığı, ilk derece yargılamasını ve verilen kararı kendiliğinden etkisiz hale getirmez. Yokluk sebepleri, diğer istinaf sebepleri gibi, taraflara ilk derece yargılamasının ve verilen kararın iptalini ileri sürme olanağını sağlar¹³²².

Yokluk sebeplerinin diğer istinaf sebeplerinden farklı, re'sen dikkate alınmaları ve mutlak etkiye sahip olmalarıdır. Yokluk sebebi teşkil eden usule aykırılıklar, usulüne uygun caiz bir istinaf başvurusu üzerine, taraflarca ileri sürülmemiş olsa bile, istinaf mahkemesi tarafından, kural olarak, yargılamanın her aşamasında re'sen dikkate alınırlar¹³²³. Yine yokluk sebeplerinin mutlak bir etkiye sahip olduğu kabul edilir. Yani, yokluk sebebi teşkil eden usule aykırılığın varlığı halinde, istinaf mahkemesi bu usule aykırılığın kararın doğruluğunu etkileyip etkilemediğini kontrol etmez¹³²⁴. Zira bu sebeplerin varlığının kararın doğruluğunu etkilediği, aksi iddia edilemez (çürütülemez) bir şekilde, kabul edilmektedir¹³²⁵.

Yokluk sebeplerini teşkil eden ağır usul hatalarının neler olduğu esas itibariyle AvMUK m. 477'de yokluk sebepleri başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak Avusturya hukukundaki ağırlıklı görüş ve yargı kararları, AvMUK m. 477'de yer alan sayımın tahdidi (tüketici) olmadığı ve dolayısıyla AvMUK m. 477'de sayılanların yanı sıra kanunda yer alan diğer düzenlemelerden hareketle başka yokluk sebeplerinin de mevcut olduğunu kabul etmektedir^{1326/1327}.

¹³²¹ **Fasching**, Lehrbuch, s. 888, Kn. 1753; **Kodek, Georg E.**, Praxistipps zum Berufungsverfahren, Zak 2016/20, s. 385; **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 49; **Obermaier**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 477, Kn. 1-2.

¹³²² **Rechberger/Simotta**, s. 618, Kn. 1085; **Kodek/Mayr**, s. 320, Kn. 912.

¹³²³ **Fasching**, Lehrbuch, s. 888, Kn. 1753; **Rechberger/Simotta**, s. 618, Kn. 1085; **Holzhammer**, s. 323-324; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 298, Kn. 565; **Obermaier**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 477, Kn. 2; **Brugger**, s. 27, Kn. 88.

¹³²⁴ **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 49; **Buchegger**, in: Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, s. 382; **Deixler-Hübner/Klicka**, Zivilverfahren, s. 222; **Obermaier**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 477, Kn. 1; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 477, E1; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 298, Kn. 565.

¹³²⁵ **Rechberger/Simotta**, s. 618, Kn. 1085; **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 49.

¹³²⁶ **Holzhammer**, s. 323; **Fasching**, Lehrbuch, s. 889, Kn. 1757; **Rechberger/Simotta**, s. 618, Kn. 1085; **Kodek/Mayr**, s. 320, Kn. 914; **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 49; **Fucik/Klauser/Kloiber**, ZPR, § 477, s. 483; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 477, E6; **Buchegger**, in: Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, s. 382; **Pimmer**, in: Fasching/Konecny, § 477, Kn. 7; **Brugger**, s. 27, Kn. 87. Bu yöndeki kararlar için ayrıca bkz. **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 477, Kn. 1.

¹³²⁷ Her ne kadar doktrindeki ağırlıklı görüş, AvMUK m. 477'de sayılanların yanı sıra başka usule aykırılıkların da yokluk sebepleri kapsamında yer aldığını kabul etse bile, bu başka sebeplerin neler olduğu tartışmalıdır.

2. Sebepler

Mutlak istinaf sebeplerini oluşturan yokluk sebepleri; a) mahkemeye ilişkin temel usul kurallarının ihlal edilmesi, b) tarafların davaya katılmalarına ilişkin temel usul kurallarının ihlal edilmesi, c) dava konusuna ilişkin temel usul kurallarının ihlal edilmesi ve d) adil yargılanma hakkını teminat altına alan temel usul kurallarının ihlal edilmesi hallerinde gerçekleşir¹³²⁸.

a. Mahkemeye İlişkin Temel Usul Kurallarının İhlal Edilmesi

Mahkemeye ilişkin temel usul kurallarının ihlal edilmesi nedeniyle yokluk sebepleri¹³²⁹; davaya bakması yasak olan veya haklı bir şekilde reddedilen hâkimin davaya bakmış olması, yargı yolunun caiz olmaması, mahkemenin kanuna uygun teşekkül etmemiş olması, uluslararası yetkisi olmayan mahkemenin, sonradan yetkili hale gelmesi durumu dışında, karar vermiş olması¹³³⁰ veya taraflarca görevli veya yetkili hale getirilemeyecek mahkeme tarafından karar verilmiş olması halinde söz konusu olur¹³³¹.

Bununla beraber, genel dava şartlarına her aykırılık, AvMUK m. 477'de sayılmasa bile, yokluk sebepleri kapsamında değerlendirilmektedir. Zira dava şartları yargılamanın her aşamasında mahkeme tarafından re'sen dikkate alınmak zorundadır. **Rechberger/Simotta**, s. 618, Kn. 1085.

¹³²⁸ **Rechberger/Simotta**, s. 618-620, Kn. 1086-1089. *Fasching* ise yokluk sebeplerini; mahkemenin karar verebilmesi için bulunması gereken asgari şartların ihlal edilmesi, taraflar hakkındaki hükümlere aykırılık, mahkeme kararının objektif olmasını ve istinaf mahkemesince denetimini teminat altına alan temel usul kurallarının ihlal edilmesi ve mahkemenin karar verme tekelinin ihlal edilmesi olmak üzere dört gruba ayırmaktadır (**Fasching**, Lehrbuch, s. 890-892, Kn. 1758-1761). Avusturya Hukukunda yokluk sebeplerine ilişkin yapılan bu farklı ayrımlar esas itibarıyla tasnife ilişkindir. Hangi usule aykırılıkların yokluk sebebi teşkil ettiği konusunda öğretide mevcut olan görüşler genel olarak benzer mahiyettedir.

¹³²⁹ **Rechberger/Simotta**, s. 619, Kn. 1086; **Holzhammer**, s. 324; **Brugger**, s. 27, Kn. 89; **Ballon**, in: **Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider**, s. 298-299, Kn. 565; **Kodek/Mayr**, s. 320-321, Kn. 914.

¹³³⁰ AvMUK m. 477/I, 3'de kullanılan ulusal yargı hakkı (*inländischer Gerichtsbarkeit*) kavramı ile kastedilenin mahkemenin uluslararası yetkisi (*internationale Zuständigkeit*) olduğu hususunda bkz. **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 53; **Fasching**, Lehrbuch, s. 890, Kn. 1758.

¹³³¹ Bu konuda dikkat edilmesi gereken husus, Avusturya hukukunda son üç hal (mahkemenin, kanuna uygun teşekkül etmemiş olması, uluslararası yetkisinin olmaması ve yetkisizliği) nispi yokluk sebepleri olarak kabul edilmektedir. Zira, bu usule aykırılıklar, yargılamanın her aşamasında hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınmazlar ve yargılama sırasında düzeltilebilirler (**Fasching**, Lehrbuch, s. 889-890, Kn. 1755, 1758; **Rechberger/Simotta**, s. 619, Kn. 1086; **Kodek/Mayr**, s. 320, Kn. 913; **Brugger**, s. 28, Kn. 91-93). *Fasching*, bu sebeplere ilaveten tarafların talepleri kapsamında karar verilmemesi (AvMUK m. 405) halini de nispi yokluk sebepleri arasında saymaktadır (**Fasching**, Lehrbuch, s. 890, Kn. 1758).

b. Tarafların Davaya Katılmalarına İlişkin Temel Usul Kurallarının İhlal Edilmesi

Tarafların davaya katılmalarına ilişkin temel usul kurallarının ihlal edilmesi nedeniyle yokluk sebepleri¹³³²; taraf ehliyetinin veya dava ehliyetinin bulunmaması, taraflardan birinin yargılamada temsil edilmemiş olması veya kanuni temsilci ile temsil edilmesi gerektiği halde kanuni temsilci ile temsil edilmemiş olması (yapılan usul işlemlerine sonradan muvafakat edilmesi hali dışında), iki taraflı yargılama ilkesine aykırılık (davacı ve davalı tarafın aynı kişi olması) veya geçerli bir vekaletin bulunmaması durumunda meydana gelir.

c. Dava Konusuna İlişkin Temel Usul Kurallarının İhlal Edilmesi

Dava konusu bakımından yokluk sebepleri¹³³³; derdestliğin veya kesin hükmün dikkate alınmaması, feragate rağmen davanın görülmeye devam etmesi veya mahkemeler arasında geçerli olan bağlayıcı etkiye uyulmaması (örneğin, ceza mahkemesinin hukuk mahkemesini bağlayan tespitlerinin dikkate alınmaması veya bunlara uyulmaması)¹³³⁴ halinde söz konusu olur.

d. Adil Yargılanma Hakkını Teminat Altına Alan Temel Usul Kurallarının İhlal Edilmesi

Adil yargılanma hakkına ilişkin yokluk sebepleri¹³³⁵; hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmesi (örneğin, taraflardan birisinin yargılamaya katılma imkanının yasaya aykırı bir şekilde, özellikle tebligatın yapılmaması nedeniyle, elinden alınmış olması)¹³³⁶, aleniyet

¹³³² **Rechberger/Simotta**, s. 620, Kn. 1087; **Fasching, Lehrbuch**, s. 890-891, Kn. 1759; **Brugger**, s. 28, Kn. 94-98; **Holzhammer**, s. 324; **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 56-63 **Kodek**, in: **Rechberger Kommentar zur ZPO**, § 477, Kn. 1; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 477, E24; **Fucik/Klauser/Kloiber**, ZPR, § 477, s. 483-484; **Deixler-Hübner/Klicka**, Zivilverfahren, s. 220.

¹³³³ **Rechberger/Simotta**, s. 620, Kn. 1088; **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 63-68; **Brugger**, s. 30-31, Kn. 108; **Fucik/Klauser/Kloiber**, ZPR, § 477, s. 483-484; **Fasching, Lehrbuch**, s. 892, Kn. 1762; **Deixler-Hübner/Klicka**, Zivilverfahren, s. 220; **Kodek**, in: **Rechberger Kommentar zur ZPO**, § 477, Kn. 1.

¹³³⁴ **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 68-70.

¹³³⁵ **Rechberger/Simotta**, s. 619, Kn. 1086; **Holzhammer**, s. 324.

¹³³⁶ **Ballon, Oskar J.**, Die Beachtung des rechtlichen Gehörs iSd Art 6 MRK durch die Rechtsmittelgerichte, JBI 1995, s. 627-628; **Fasching, Hans W.**, Rechtliches Gehör und Rationalisierung des zivilgerichtlichen Verfahrens in Österreich, FS Hideo Nakamura, Tokyo 1996, s. 125; **Brugger**, s. 29-30, Kn. 99. Hukuki dinlenilme hakkının ihlalinin yokluk sebepleri değil, anayasal kuralların ihlali sonucunu doğuran yokluk sebeplerine yakın nitelikli usule aykırılık olduğu yönünde bkz. **Ballon, Oskar J.**, Zu den Verfahrensmängeln im Zivilprozeßrecht, FS Franz Matscher, Wien 1993, s. 26-27.

ilkesinin haksız bir şekilde kısıtlanmış olması¹³³⁷, sözlülük ilkesinin, tarafların veya temsilcilerinin duruşma tutanağına geçirilmesi gereken beyanlarının geçirilmemesi suretiyle ihlal edilmesi¹³³⁸, mahkeme kararının tarafların talepleri kapsamında olmaması (tarafların taleplerinin dışında bir şeye veya tarafların taleplerinden fazlaya hükmedilmesi)¹³³⁹ veya kararın gerekçesinin, kontrolü yapılamayacak ölçüde yetersiz olması veya kararın kendi içerisinde çelişkiler içermesi veya kararın gerekçe içermemesi ve bu hataların hükmün tahsisi yoluyla düzeltilemeyecek nitelikte olması¹³⁴⁰ durumunda meydana gelir.

C. Diğer Önemli Usul Hataları

Yokluk sebepleri dışında kalan diğer önemli usul hataları da ilk derece mahkemesi kararına karşı istinafa başvurmayı haklı kılabilir¹³⁴¹. Bu bağlamda diğer önemli usul hataları, yokluk sebeplerinden iki yönüyle ayrılır; ilk olarak diğer önemli usul hataları hâkim tarafından re'sen göz önünde tutulmazlar. Bu usul hatalarının istinafin taraflarınca açıkça ileri sürülmesi gerekir. İkinci olarak, diğer önemli usul hatalarının etkisi mutlak değil nispidir. Yani bu usul hatalarının mevcut olması tek başına ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması için yeterli değildir, bunun için ayrıca bu hataların kararın doğruluğunu da etkilemiş olmaları gerekir. Bu yüzden istinaf mahkemesi, diğer önemli usul hatalarının sadece mevcut olup olmadıklarını değil, aynı zamanda kararın doğruluğunu etkileyip etkilemediği de kontrol eder¹³⁴².

Diğer önemli usul hataları hakkında temel düzenleme AvMUK m. 496/I, 2'de yer almaktadır. Buna göre, ilk derece yargılamasındaki hukuki uyuşmazlık hakkında detaylı inceleme yapılmasını ve esaslı bir şekilde değerlendirmede bulunulmasını engelleyen usuli eksiklikler, önemli usul hatalarıdır. Öğretideki ağırlıklı görüşe göre, bu kapsamda önemli bir

¹³³⁷ **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 477, Kn. 10.

¹³³⁸ **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 477, Kn. 11.

¹³³⁹ *Fasching*'e göre, tarafların talepleri kapsamında karar verilmemesi (AvMUK m. 405) nispi yokluk sebepleri arasında yer alır (**Fasching**, Lehrbuch, s. 890, Kn. 1758). *Rechberger/Simotta*'ya göre ise bu durum adil yargılanma hakkını teminat altına alan temel usul kurallarının ihlal edilmesi kapsamında bir yokluk sebebidir (**Rechberger/Simotta**, s. 620-621, Kn. 1089). Bu durumun diğer önemli usule aykırılıklar kapsamında yer aldığı dair mahkeme kararları için bkz. **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 299, dp. 28; **Rechberger/Simotta**, s. 621, dp. 103.

¹³⁴⁰ **Brugger**, s. 30, Kn. 108; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 477, Kn. 12.

¹³⁴¹ **Holzhammer**, s. 324.

¹³⁴² **Rechberger/Simotta**, s. 621, Kn. 1090; **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 71; **Kodek/Mayr**, s. 322, Kn. 918; **Buchegger**, in: Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, s. 383; **Deixler-Hübner/Klicka**, Zivilverfahren, s. 220-221; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 300, Kn. 566; **Obermaier**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 496, Kn. 5.

usul hatasından söz edilebilmesi için, ilk derece mahkemesinin detaylı inceleme ve esaslı değerlendirme yapmasını engelleyen ve kararın yanlış olmasına neden olabilen soyut eksikliklerin bulunması yeterlidir¹³⁴³. İstinaf başvurusunun söz konusu eksikliğin somut olayda yanlış karar vermesine neden olduğunu sıkı bir şekilde ispat etmesi şart değildir¹³⁴⁴. Ancak istinaf başvurusunun, söz konusu usul hatası olmasaydı yargılamanın sonucunun kendisi bakımından daha elverişli olabileceğini ortaya koyması gerekir¹³⁴⁵. Yine öğretideki ağırlıklı görüşe göre, sadece mahkemenin hatası nedeniyle gerçekleşen usuli eksiklikler istinaf sebebi olabilir, tarafların hatası nedeniyle meydana gelen usuli eksiklikler istinaf sebebi teşkil etmez¹³⁴⁶. Doğrudanlık ilkesinin ihlali, davayı aydınlatma ödevine (özellikle de sürpriz karar verme yasağına) aykırılık, delil ikamesi taleplerinin reddi¹³⁴⁷, taraflardan birinin tercüman talebinin haksız bir şekilde reddedilmesi, hatalı bir şekilde vakıanın ikrar edilmiş olduğunun kabul edilmesi¹³⁴⁸, tarafların soru sorma hakkının ihlali¹³⁴⁹, kararın gerekçesinin eksik olması¹³⁵⁰ bu bağlamda önemli usul hatalarıdır¹³⁵¹.

Avusturya Hukukunda diğer önemli usul hataları bağlamında ayrıca iki istinaf sebebi daha söz konusudur. Bunlardan birincisi, ilk derece mahkemesinin tarafların esasa ilişkin dilekçelerindeki taleplerinin tamamı hakkında karar vermemiş olmasıdır (AvMUK m. 496/I, 1). Bu durum örneğin, ilk derece mahkemesinin tarafların davada ileri sürdükleri birden fazla

¹³⁴³ **Holzhammer**, s. 325; **Ballon**, Verfahrensmängeln, s. 17; **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 73; **Delle-Karth**, s. 19; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 496, Kn. 3; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 477, E12. Ayrıca bkz. **Rechberger/Simotta**, s. 621, dp. 109.

¹³⁴⁴ **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 496, Kn. 3; **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 73.

¹³⁴⁵ **Fucik/Klauser/Kloiber**, ZPR, § 496, s. 499; **Obermaier**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 496, Kn. 5.

¹³⁴⁶ **Fasching**, Lehrbuch, s. 887, Kn. 1751; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 496, Kn. 3; **Brugger**, s. 35, Kn. 22; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 496, E10; **Fucik/Klauser/Kloiber**, ZPR, § 496, s. 499. Karş. **Delle-Karth**, s. 12. Bununla beraber, şayet tarafların hataları mahkemenin bir hatasının sonucu ise, bu halde taraflar hataları da istinaf sebebi olarak ileri sürülebilir. (**Fasching, Hans W.**, Die Entwicklung des zivilgerichtlichen Berufungsverfahrens in der Rechtsprechung, in: FG Fasching, Wien 1993, s. 328).

¹³⁴⁷ **Holzhammer**, s. 325; **Rechberger/Simotta**, s. 621-622, Kn. 1090; **Kodek/Mayr**, s. 322, Kn. 919; **Deixler-Hübner/Klicka**, Zivilverfahren, s. 221; **Obermaier**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 496, Kn. 6-12.

¹³⁴⁸ **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 496, Kn. 3.

¹³⁴⁹ **Deixler-Hübner/Klicka**, Zivilverfahren, s. 221.

¹³⁵⁰ **Delle-Karth**, s. 18; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 496, E43/1; **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 93-95.

¹³⁵¹ İlk derece yargılamasında itiraz edilmesi gereken usul hatalarının (AvMUK m. 196) istinaf mahkemesi önünde ileri sürülebilmesi için, söz konusu usul hatalarına karşı ilk derece mahkemesinde zamanında itiraz edilmiş olması gerekir (**Holzhammer**, s. 325; **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 73; **Kodek/Mayr**, s. 322, Kn. 919; **Deixler-Hübner/Klicka**, Zivilverfahren, s. 221; **Fucik/Klauser/Kloiber**, ZPR, § 496, s. 499). Hangi usul hatalarına karşı ilk derece yargılamasında itiraz edilmesi gerektiği ve bu konudaki AvMUK m. 196'nın kapsamı tartışmalıdır. Bu hususta bkz. **Pochmarski, Konstantin/Walcher, Mario**, Zum Umfang der Rügebelast nach § 196 ZPO, ÖJZ 2011/5, s. 20 vd.

talepten bir tanesi hakkında (söz gelimi faiz talebi hakkında) karar vermemesi halinde söz konusu olur¹³⁵².

İkinci olarak, ilk derece mahkemesinin hatalı hukuki değerlendirmesi nedeniyle vakıa tespitlerini eksik gerçekleştirilmesi de bir istinaf sebebidir (AvMUK m. 496/I, 3). Bu durumda, istinaf mahkemesinin doğru hukuki değerlendirmesine göre önemli addettiği vakıaların ilk derece yargılamasında tespit edilmemesi ve gerekli delillerin ikame edilmemesi söz konusudur¹³⁵³. Bu noktada, hatalı hukuki değerlendirme yapılması asli ve birincil istinaf sebebidir. Vakıa tespitlerinin eksik yapılmasına ilişkin usul hatası ise tali ve ikincil istinaf sebebidir¹³⁵⁴. Zira bu halde usuli eksiklik, usul hukukuna aykırılığın değil, hatalı hukuki değerlendirmenin bir sonucu olarak meydana gelir¹³⁵⁵. Yine kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanabilir yabancı hukukun dikkate alınmaması veya tespit edilmemesi özel türden bir usuli eksiklik teşkil eder. Bu husus gerçekte hukukun uygulanması ile ilgili olmakla birlikte, yabancı hukukun tespiti için delil ikamesinin gerekli olduğu hallerde bunun gerçekleştirilmemesi birincil usuli eksiklik teşkil edebilir. Taraflar açıkça usulüne uygun bir şekilde hukuki itirazında bulunduğu istinaf mahkemesi kanunlar ihtilafı kurallarının değerlendirilmesini re'sen dikkate almak zorundadır¹³⁵⁶. İstinaf mahkemesi, tarafların itirazı üzerine yabancı hukukun tespitindeki eksikleri bizzat kendisi tespitte bulunarak giderebilir. Bununla beraber, istinaf mahkemesi, dava dosyanın durumuna göre delil ikamesi ve tahkikat işlemlerini yapmak ve bu eksikliği gidermek üzere dosyayı ilk derece mahkemesine de gönderebilir ve böylece yabancı hukukun uygulanmasını kontrol etme hakkını saklı tutabilir¹³⁵⁷.

¹³⁵² **Rechberger/Simotta**, s. 622, Kn. 1091; **Holzhammer**, s. 325; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 496, Kn. 2; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 300, Kn. 566; **Kodek/Mayr**, s. 322, Kn. 920.

¹³⁵³ **Fasching**, Lehrbuch, s. 896, Kn. 1774; **Rechberger/Simotta**, s. 622, Kn. 1091; **Kodek/Mayr**, s. 322, Kn. 920; **Pimmer**, in: Fasching/Konecny, § 496, Kn. 54; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 496, Kn. 4; **Fucik/Klauser/Kloiber**, ZPR, § 496, s. 499.

¹³⁵⁴ **Rechberger/Simotta**, s. 622, Kn. 1091; **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 160; **Kodek/Mayr**, s. 322, Kn. 920; **Deixler-Hübner/Klicka**, Zivilverfahren, s. 221; **Fucik/Klauser/Kloiber**, ZPR, § 496, s. 499.

¹³⁵⁵ **Kodek/Mayr**, s. 322, Kn. 920; **Pimmer**, in: Fasching/Konecny, § 496, Kn. 49.

¹³⁵⁶ **Obermaier**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 496, Kn. 20; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 471, Kn. 6.

¹³⁵⁷ **Obermaier**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 496, Kn. 20.

D. Hatalı Vakıa Tespitleri

Hatalı vakıa tespitleri, fiili (maddi) meselenin çözümünde hata yapılmasıdır¹³⁵⁸. Vakıa tespitlerinin hatalı olması ve dolayısıyla maddi meselenin çözümde hata yapılması; delil değerlendirilmesinin hatalı olmasından, dava dosyasına aykırılıktan ve/veya tecrübe kuralları ile mantık kurallarına aykırılıktan meydana gelebilir¹³⁵⁹.

İlk derece mahkemesi, ikame edilen delilleri hatalı veya eksik değerlendirmesi nedeniyle, vakıa tespitlerini hatalı/eksik yapmışsa bu durum bir istinaf sebebi teşkil eder¹³⁶⁰. Örneğin, tanık A kazanın aydınlıkta, tanık B ise karanlıkta gerçekleştiğini beyan etmişlerdir. İlk derece mahkemesi tanık A'nın beyanını inandırıcı bularak kazanın gerçekleştiği anda havanın aydınlık olduğunu tespit etmiştir. Ancak doğrusu, mahkemenin tanık B'nin ifadesini inandırıcı kabul ederek kararına esas almasıdır. Zira olayı, tanık A'nın aksine tanık B tam olarak hatırlamaktadır. Tanık A, olayı tam olarak hatırlayamadığından beyanları çelişkiler barındırmakta ve diğer delil sonuçlarıyla tutarsızlık arz etmektedir. Bu durumda istinaf başvurusu, ilk derece mahkemesinin hatalı delil değerlendirmesi nedeniyle hatalı vakıa tespiti (kazanın aydınlıkta gerçekleştiği) yaptığı gerekçesiyle istinaf mahkemesine başvurulabilir¹³⁶¹. Delil değerlendirilmesinin hatalı olması halinde istinaf mahkemesi, kural olarak, delilleri yeniden ikame ederek vakıa tespitini bizzat yapmalıdır. Bu husus doğrudanlık ilkesinin bir gereğidir¹³⁶². Delil değerlendirmesinin hatalı olması nedeniyle hatalı vakıa tespitlerine yönelik istinaf başvurusunda, somut olarak hangi tespitlere itiraz edildiği, itiraz edilen tespitin hangi hatalı delil değerlendirmesinin sonucu olduğu, somut olarak başka hangi tespitlerin yapılmasının talep edildiği ve ilk derece mahkemesinin hangi delil ve gerekçe ile bu başka tespitleri yapmak zorunda olduğu ortaya konulmalıdır¹³⁶³.

¹³⁵⁸ **Rechberger/Simotta**, s. 623, Kn. 1092.

¹³⁵⁹ **Holzhammer**, s. 325-326; **Fasching**, Lehrbuch, s. 895, Kn. 1769; **Rechberger/Simotta**, s. 623, Kn. 1092; **Kodek/Mayr**, s. 323-324, Kn. 923-925; **Deixler-Hübner/Klicka**, Zivilverfahren, s. 221-22.

¹³⁶⁰ **Ballon**, in: **Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider**, s. 302, Kn. 569; **Holzhammer**, s. 325; **Rechberger/Simotta**, s. 623, Kn. 1092; **Fasching**, Lehrbuch, s. 895, Kn. 1769; **Kodek**, in: **Rechberger Kommentar zur ZPO**, § 471, Kn. 8; **Kralik**, Beweiswürdigung, s. 160. Ayrıca bkz. **Yıldırım**, Hatalı Vakıa Tespitleri, s. 115-118.

¹³⁶¹ **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 142-143.

¹³⁶² **Holzhammer**, s. 326; **Kralik**, Beweiswürdigung, s. 161; **Rechberger/Simotta**, s. 623, Kn. 1093; **Ballon**, in: **Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider**, s. 302, Kn. 569; **Bajons, Ena-Marlis**, Beweiswiederholung und Verfahrensergänzung in der Berufungsinstanz, FS Hans W. Fasching, Wien 1988, s. 39.

¹³⁶³ **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 147-148; **Kodek**, in: **Rechberger Kommentar zur ZPO**, § 471, Kn. 8; **Kodek/Mayr**, s. 324, Kn. 925; OGH, 18.06.2002, 10 ObS 129/02x; RIS-Justiz RS0041835.

Dava dosyasına aykırılık, dava dosyasının içeriği ile bu içeriğe dayanan karardaki vakıa tespitleri arasında bir çelişkinin bulunması veya karardaki vakıa tespitlerine ilişkin dava dosyasında herhangi bir dayanağın olmaması halinde gerçekleşir. Dava dosyasına aykırı olarak yapılan hatalı vakıa tespitleri, karar bakımından önemli ise bir istinaf sebebi olarak ileri sürülebilir¹³⁶⁴.

Delillerin değerlendirilmesinde hata ile dava dosyasına aykırılık çoğunlukla birbiri ile karıştırılmakla birlikte bunlar birbirinden farklıdır. Örneğin, tanıklardan X, ilk derece yargılamasındaki ifade tutanağında, davacının davalıya uyuşmazlık konusu eşyayı teslim ettiğini gördüğünü söylemiş, buna karşılık diğer tanık Y ise, buna dikkat etmediğini söylemiştir. Bunun üzerine ilk derece mahkemesi tanıklar X ve Y'nin birbiriyle uyumlu ifadeleri nedeniyle eşyanın teslim edildiğini tespit ederse, dava dosyasına aykırılık söz konusu olur. Buna karşılık, mahkeme kararında, Y'nin inandırıcı beyanı ile eşyanın teslim edildiğini, karşı tanık X'in beyanının inandırıcı olmadığını bildirirse, delillerin değerlendirilmesinde hata söz konusu olur¹³⁶⁵.

Son olarak, ilk derece mahkemesinin yapmış olduğu vakıa tespitlerinin mantık kuralları ve/veya tecrübe kurallarına ayırlıktan dolayı hatalı olması da bir istinaf sebebi teşkil eder¹³⁶⁶. Yanlış tecrübe kurallarının uygulanmasının yanı sıra doğru tecrübe kurallarının yanlış uygulanması da tecrübe kurallarına aykırılık sayılır ve vakıa tespitlerinin hatalı olmasına yol açabilir¹³⁶⁷. Yine doğrudan vakıa tespitlerinde tecrübe kurallarına aykırılık dışında, delillerin değerlendirilmesinde tecrübe kurallarına aykırılık yapılması delil değerlendirmesinin hatalı olmasına ve dolayısıyla hatalı vakıa tespitlerine neden olmuşsa, istinafa kanun yoluna başvurulabilir¹³⁶⁸.

İlk derece mahkemesince yapılan vakıa tespitleri, kendilerine karşı doğrudan veya dolaylı olarak hatalı veya eksik vakıa tespiti yapıldığı yönünde itiraz edilmedikçe, istinaf mahkemesinin kararının dayanağını oluştururlar (AvMUK m. 498/I). Taraflar doğrudan veya

¹³⁶⁴ **Fasching**, Lehrbuch, s. 895, Kn. 1771; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 301, Kn. 568; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 471, Kn. 7.

¹³⁶⁵ **Rechberger/Simotta**, s. 623, Kn. 1092.

¹³⁶⁶ **Holzhammer**, s. 326; **Fasching**, Lehrbuch, s. 895, Kn. 1771; **Rechberger/Simotta**, s. 623, Kn. 1092; **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 143; **Buchegger**, in: Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, s. 383; **Brugger**, s. 58, Kn. 189.

¹³⁶⁷ **Rechberger/Simotta**, s. 623, Kn. 1092; **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 143.

¹³⁶⁸ **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 145.

dolaylı olarak vakıa tespitlerine yönelik itiraz ettiği takdirde istinaf mahkemesi bu tespitleri, hukuken önemli ise, denetlemek zorundadır. Şayet bu tespitler önemsiz ise istinaf mahkemesi tarafından dikkate alınmayabilirler. İstinaf mahkemesi, ancak delil ikamesinin yenilenmesi veya tamamlanması durumunda ilk derece mahkemesi hükmünden sapan tespitlerde¹³⁶⁹ bulunabilir (AvMUK m. 488). Bununla beraber, istinaf mahkemesi serbest bir şekilde ilk derece mahkemesince yapılan tespitlerden farklı fiili (maddi) sonuçlar çıkarabilir ve böylelikle de farklı bir hukuki değerlendirmede¹³⁷⁰ bulunabilir.

E. Hatalı Hukuki Değerlendirmeler

Hatalı hukuki değerlendirmeler (hukuki itiraz-*Rechtsrüge*¹³⁷¹ veya hukuki hata-*Rechtsfehler*¹³⁷² olarak da adlandırılan), hukuki meselenin çözümünde hata yapılmasıdır¹³⁷³. Buradaki hukuki meseleden kasıt ise, maddi hukuk meselesidir. Örneğin, ilk derece mahkemesinin yaptığı tespitlere binaen, satış sözleşmesinin kurulup kurulmadığı veya satış bedeli borcunun mevcut olup olmadığı veya bu borcun zamanaşımına uğrayıp uğramadığı maddi hukuk meselesidir¹³⁷⁴. Bu bağlamda bir istinaf sebebi olarak hatalı hukuki değerlendirmeler şu şekillerde meydana gelebilir¹³⁷⁵;

a) Yanlış hukuk kuralının uygulanması; bu durum olaya uygulanması gereken hukuk kuralının tespitinde hata yapılması sonucu meydana gelir (örneğin, mevcut olmayan veya yürürlükten kalkmış bir hukuk kuralının uygulanması)¹³⁷⁶.

¹³⁶⁹ OGH 21.07.2011, 1 Ob 115/11k.

¹³⁷⁰ OGH 28.01.1997, 1 Ob 2290/96p.

¹³⁷¹ **Brugger**, s. 64, Kn. 211; **Kodek/Mayr**, s. 325, Kn. 929.

¹³⁷² **Deixler-Hübner/Klicka**, Zivilverfahren, s. 222.

¹³⁷³ **Rechberger/Simotta**, s. 624, Kn. 1094; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 301, Kn. 567; **Buchegger**, in: Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, s. 383.

¹³⁷⁴ **Kodek/Mayr**, s. 325, Kn. 928. *Bajons*'a göre ise, hatalı hukuki değerlendirmeler sadece maddi hukuk meselelerinin hatalı değerlendirilmesi değildir. Usuli bir işlem de hatalı hukuki değerlendirmeler kapsamında ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına temel teşkil edebilir. Buradaki hatalı hukuki değerlendirmelerden anlaşılması gereken şey, maddi hukuka veya usul hukukuna ilişkin önemli bir meselenin hatalı değerlendirilmesidir. **Bajons**, **Ena-Marlis**, Prozeßentscheidung als Verfahrensverstöß? Kritische Bemerkungen zur Abgrenzung von errores in procedendo und errores in iudicando, JBl 1981, s. 631.

¹³⁷⁵ **Holzhammer**, s. 326; **Fasching**, Lehrbuch, s. 896, Kn. 1773; **Rechberger/Simotta**, s. 624, Kn. 1094; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 301, Kn. 567; **Brugger**, s. 64, Kn. 211; **Buchegger**, in: Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, s. 383; **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 153-155.

¹³⁷⁶ **Fasching**, Lehrbuch, s. 896, Kn. 1773.

b) Hukuk kuralının yanlış yorumlanması; bu husus özellikle belirsiz hukuk kavramlarının (dürüstlük kuralı, iyi niyet gibi) yorumunda gündeme gelir¹³⁷⁷.

c) Altlama faaliyetinde hata yapılması; somut vakıaların, hukuk kuralının soyut vakıa unsurlarına yanlış uygulanması (özellikle de hukuki sonucun tespitinde hata yapılması) halinde söz konusu olur¹³⁷⁸.

d) İspat yükü kurallarının ihlal edilmesi¹³⁷⁹.

e) Yazılı bir belgenin yanlış yorumlanması (örneğin sözleşmenin hatalı yorumlanması)¹³⁸⁰.

f) Mantık kuralları ile tecrübe kurallarına aykırılık yapılması¹³⁸¹ ve hesap hatası yapılması¹³⁸².

g) Aşkın tespitler yapılması; şayet ilk derece mahkemesi ikame edilen delillerin sonuçlarından tarafların iddialarını aşan tespitler yapmışsa ve bu durum tasarruf ilkesini ihlal ediyorsa, hatalı hukuki değerlendirme kapsamında bir istinaf sebebinin mevcut olduğu kabul edilir. (Örneğin, tarafların iddia ve savunmaları kapsamında yer almayan olağanüstü fesih tespiti yapılması¹³⁸³). Ancak ilk derece mahkemesinin yapmış olduğu tespit, taraflarca ileri sürülen iddia ve savunmaların temelleri kapsamında kalıyorsa, bu durum bir istinaf sebebi teşkil etmez¹³⁸⁴.

Hatalı hukuki değerlendirme sebebiyle istinafa başvuran tarafın itirazı, ilk derece mahkemesince tespit edilen vakıalara yönelik olmayıp, bu vakıalara binaen uygulanan maddi

¹³⁷⁷ **Rechberger/Simotta**, s. 624, Kn. 1094; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 301, Kn. 567.

¹³⁷⁸ Vakıa iddialarının tamamen göz ardı edilmesi veya yanlış yorumlanması, dava dosyasına aykırılık değil, hatalı hukuki değerlendirmeler kapsamında istinaf sebebi olarak ileri sürülebilir. OGH 14.3.2013, 1 Ob 249/12t.

¹³⁷⁹ **Brugger**, s. 64, Kn. 211; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 301, Kn. 567.

¹³⁸⁰ **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 301, Kn. 567.

¹³⁸¹ **Rechberger/Simotta**, s. 624, dp. 123. Bu durum daha çok, belirsiz hukuk kavramlarının yorumunda başvurulmuş tecrübe kurallarına aykırılık yapılması halinde söz konusu olur (**Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 145).

¹³⁸² **Kodek/Mayr**, s. 325, Kn. 930; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 301, Kn. 567; OGH 03.10.2006, 5 Ob 174/06h.; OGH 19.03.2014, 3 Ob 241/13g.

¹³⁸³ OGH 21.06.2016, 1 Ob 93/16g.

¹³⁸⁴ **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 162-163; **Brugger**, s. 64-65, Kn. 211; OGH 16.10.2015, 7 Ob 112/15v. *Fucik*'e göre ise, aşkın tespitler, hatalı hukuki değerlendirmeler kapsamında değil, diğer önemli usuli hatalar kapsamında yer alır (**Fucik, Robert**, Begründen überschießende Feststellungen oder Verstöße gegen das Neuerungsverbot Verfahrensmangel nach der öZPO?, FS Gert Delle Karth, Wien 2013, s. 261).

hukuka yöneliktir¹³⁸⁵. Bununla birlikte, ilk derece mahkemesi, sahip olduğu hatalı maddi hukuk bakış açısı nedeniyle, doğru bir maddi hukuk uygulaması için gerekli olan vakıaları önemsiz görmüş ve tespit etmemişse, istinaf başvurucusu, hem hatalı hukuki değerlendirme (maddi hukuka aykırılık) hem de önemli usule aykırılık (AvMUK m. 496/I, 3) itirazında bulunabilir. Ancak bu halde de birincil ve asli istinaf sebebi hatalı hukuki değerlendirmeler olup, usul hukukuna aykırılık ikincil ve tali bir istinaf sebebidir¹³⁸⁶.

II. Temyiz Sebepleri ve Denetimi

A. Genel Olarak

Avusturya hukukunda temyiz sebepleri AvMUK m. 503'de düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, temyiz sadece şu sebeplerden dolayı talep edilebilir;

1) İstinaf mahkemesi hükmünün AvMUK m. 477'de belirtilen yokluk sebeplerinden biri ile sakatlanmış olması,

2) İstinaf yargılamasında, uyuşmazlık konusu hakkında detaylı inceleme yapılmasını ve esaslı bir şekilde değerlendirmede bulunulmasını engelleyen ve yokluk sebepleri teşkil etmeyen hata veya eksikliklerin bulunması,

3) İstinaf mahkemesi hükmünün önemli bir husustaki fiili (maddi) dayanağının birinci veya ikinci derece dava dosyaları ile çelişmesi,

4) İstinaf mahkemesi hükmünün uyuşmazlık konusu hakkında hatalı hukuki değerlendirmeye dayanması.

Öğretideki ağırlık görüşe göre, temyiz sebeplerine ilişkin AvMUK m. 503'de yapılan sayım tahdidi/tüketici (*erschöpfend*) bir sayımdır ve bu sebeplerin kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir¹³⁸⁷. Temyiz incelemesini gerçekleştiren Yüksek Mahkeme (OGH- *Oberste Gerichtshof*) bir vakıa derecesi değildir. Yüksek Mahkeme öncelikle hukuki meseleleri ve

¹³⁸⁵ **Kodek/Mayr**, s. 325, Kn. 929.

¹³⁸⁶ **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 496, Kn. 4; **Fasching**, Lehrbuch, s. 896, Kn. 1774; **Kodek/Mayr**, s. 325, Kn. 929; **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 159-160.

¹³⁸⁷ **Holzhammer**, s. 336; **Fasching**, Lehrbuch, s. 945, Kn. 1902; **Rechberger/Simotta**, s. 641, Kn. 1115; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 1; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 5-6; **Kodek/Mayr**, s. 335, Kn. 961; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 316, Kn. 587; **Neumayr**, **Matthias**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 2; **Buchegger**, in: Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, s. 408; RIS-Justiz RS0042903.

yapılan yargılamaların yasaya uygunluğunu denetler. Fiili meseleler, esas itibariyle temyiz mahkemesinin denetimi dışında kalırlar¹³⁸⁸. Temyiz mahkemesi alt derece mahkemelerince yapılan vakıa tespitlerini ne tamamlayabilir ne de değiştirebilir¹³⁸⁹.

B. Yokluk Sebepleri (Ağır Usul Hataları)

1. Genel Olarak

İstinaf mahkemesi hükmü veya istinaf yargılaması bakımından yokluk sebeplerinin mevcut olması bir temyiz sebebidir (AvMUK m. 503/I)¹³⁹⁰. Ağır usul hataları teşkil eden yokluk sebepleri, kural olarak, taraflarca ileri sürülmemiş olsa bile, caiz bir temyiz başvurusu üzerine temyiz mahkemesi tarafından re'sen dikkate alınırlar (AvMUK m. 510/II)¹³⁹¹ ve mutlak bir etkiye sahiptirler. Yani, yokluk sebebi teşkil eden usule aykırılığın varlığı halinde, temyiz mahkemesi bu usule aykırılığın kararın doğruluğunu etkileyip etkilemediği kontrol etmez. Zira bu sebeplerin varlığının kararın doğruluğunu etkilediği, aksi iddia edilemez (çürütülemez) bir şekilde, kabul edilmektedir¹³⁹². Yokluk sebeplerinin kapsamı ve içeriği daha önce detaylı olarak ele alındığından, bu hususta oraya atıf yapmakla yetiniyoruz¹³⁹³. Bununla beraber, istinaf yargılaması veya hükmü bakımından yokluk sebepleri teşkil eden ve temyiz kanun yolunda itiraz edilebilecek hususlara örnek olarak şu durumlar belirtilebilir; tarafa istinaf duruşmasına katılma imkanının tanınmaması, sözlü istinaf duruşması talebine rağmen kanunda öngörülen şartlar gerçekleşmeden kapalı oturumda karar verilmesi, istinaf başvurusu karşı tarafa tebliğ edilmeden ve karşı tarafa yasaya uygun bir şekilde istinafa cevap hakkı tanınmadan karar verilmesi, istinaf mahkemesinin vazgeçilmiş veya gecikmiş bir istinaf başvurusuna rağmen esasa ilişkin karar vermesi, istinaf mahkemesinin tarafların istinaf taleplerini aşarak (yani ilk

¹³⁸⁸ **Holzhammer**, s. 332; **Fasching**, Lehrbuch, s. 945, Kn. 1902; **Rechberger/Simotta**, s. 635-636, Kn. 1108; **Kodek/Mayr**, s. 335, Kn. 962; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 3; **Deixler-Hübner/Klicka**, Zivilverfahren, s. 236; RIS-Justiz RS0002399.

¹³⁸⁹ **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 3.

¹³⁹⁰ **Fasching**, Lehrbuch, s. 946, Kn. 1905; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 4; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 66.

¹³⁹¹ **Holzhammer**, s. 336; **Fasching**, Lehrbuch, s. 946, Kn. 1905; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 2; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 63; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 10-11.

¹³⁹² **Rechberger/Simotta**, s. 618, Kn. 1085; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 85-86.

¹³⁹³ Bkz. § 9/I/B.

derece mahkemesinin kararının ilgili kısımlarının kesinleştiğini dikkate almayarak) esasa ilişkin karar vermesi, istinaf dairesinin kanuna uygun teşekkül etmemiş olmaması¹³⁹⁴.

2. İlk Derecedeki Yokluk Sebepleri

İlk derecedeki yokluk sebeplerinin ne ölçüde temyiz denetimine tabi olduğu, öncelikle istinaf mahkemesinin bu sebepler bakımından hangi kararı verdiğine doğrudan bağlıdır. Zira, istinaf mahkemesinin kararı usule ilişkin bir karar ise bu karara karşı temyiz mahkemesine başvurulamaz. Temyiz kanun yoluyla Yüksek Mahkemeye başvuru sadece istinaf mahkemesinin esasa ilişkin kararlarına (hükümlere) karşı gerçekleştirilebilir. İstinaf mahkemesinin usule ilişkin kararına karşı ancak AvMUK m. 519'da öngörülen hallerde şikayet kanun yolu (*Rekurs*) ile Yüksek Mahkemeye başvurulabilir¹³⁹⁵. AvMUK m. 519/I'a göre, istinaf mahkemesinin usule ilişkin kararlarına karşı şikayet başvurusu sadece; 1) istinaf mahkemesi davayı veya istinaf başvurusunu esasa ilişkin bir karar vermeksizin usuli sebeplerden dolayı reddetmişse veya 2) istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesi hükmünü kaldırıp dosyayı ilk derece mahkemesine, yargılamayı tamamlaması ve yeni bir karar vermesi talimatı ile geri göndermişse ve kararında Yüksek Mahkemeye şikayet yoluyla başvurmaya izin vermişse mümkündür. Dolayısıyla, bu haller dışında istinaf mahkemesinin usule ilişkin bir kararına karşı itiraz edilemez ve bu karar kesindir¹³⁹⁶.

İstinaf mahkemesi, ilk derece yargılaması veya hükmü bakımından yokluk sebeplerinden biri olduğunu¹³⁹⁷ tespit ederse, kural olarak ilk derece mahkemesi kararını usule ilişkin bir karar ile kaldırır ve dosyayı yargılamayı tamamlamak ve yeni bir karar vermek üzere ilk derece mahkemesine geri gönderir. Dava şartları bakımından eksiklik söz konusu ise davanın usulden reddine karar verir¹³⁹⁸. Bu halde istinaf mahkemesinin vermiş olduğu usule

¹³⁹⁴ **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 4-5; **Fasching**, Lehrbuch, s. 947, Kn. 1906; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E9-E22; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 10. Karş. **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 83-90.

¹³⁹⁵ **Rechberger/Simotta**, s. 635, Kn. 1107; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 325, Kn. 606; **Kodek/Mayr**, s. 346-347.

¹³⁹⁶ **Pimmer**, in: Fasching/Konecny, § 473, Kn. 1; **Holzhammer**, s. 332; **Fasching**, Lehrbuch, s. 981-982.

¹³⁹⁷ İstinaf mahkemesi, ilk derecede yokluk sebeplerinin mevcut olup olmadığını re'sen, kural olarak, ön inceleme aşamasında inceler (AvMUK m. 473/I ve 471). Bu hususta detaylı olarak bkz. **Rechberger/Simotta**, s. 627-628, Kn. 1100; **Pimmer**, in: Fasching/Konecny, § 499, Kn.1; **Trenker, Martin**, Der vom Berufungsgericht verneinte Verfahrensmangel erster Instanz als tauglicher Revisionsgrund, JBl 2020, s. 825-826.

¹³⁹⁸ **Fasching**, Lehrbuch, s. 905, Kn. 1793; **Holzhammer**, s. 328; **Rechberger/Simotta**, s. 635, Kn. 631, Kn. 1104; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 311, Kn. 581.

ilişkin nihai karara karşı şikayet kanun yoluna başvurulabilir (AvMUK m. 519/I, 1)¹³⁹⁹. Şayet istinaf mahkemesi, ilk derece yargılaması bakımından yokluk sebeplerinin mevcut olmadığına, diğer bir ifadeyle yokluk sebeplerinin reddine karar verirse, bu karar, istinaf mahkemesi hükmü içerisinde yer alsa bile usuli bir sorun hakkında verilen usule ilişkin bir karardır (AvMUK m. 471/V, 473)¹⁴⁰⁰. Öğretideki baskın görüşe ve yerleşik yargı kararlarına göre, istinaf mahkemesi tarafından yokluk sebeplerinin reddine (yani yokluk sebeplerinin mevcut olmadığına) yönelik olarak verilen karar (*Berufungsbeschluss*) AvMUK m. 519’da sayılan istisnai kararlardan biri olmadığından dolayı itiraz edilemez kesin bir karardır (*unanfechtbar Beschluss*) ve temyiz mahkemesini de bağlar¹⁴⁰¹. Bu husus re’sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu yargılamalar bakımından da geçerlidir¹⁴⁰². Bu bağlamda istinaf mahkemesinin usule ilişkin kararının temyiz mahkemesini bağlayabilmesi için, istinaf mahkemesinin bir yokluk sebebinin mevcut olmadığını açıkça belirtmesi gerekir. İstinaf mahkemesinin dolaylı (örtülü) bir reddi temyiz mahkemesini bağlamaz¹⁴⁰³. İstinaf mahkemesi, ilk derecede yokluk sebebinin mevcut olmadığını hüküm kısmında değil de hükmün gerekçesinde açıkça belirtmişse, bu ret de temyiz mahkemesini bağlar. Diğer bir ifadeyle, istinaf mahkemesi kararının bağlayıcı etki doğurması için, ilk derecede yokluk sebebinin mevcut olmadığının istinaf mahkemesi hükmünün gerekçesinde açıkça belirtmesi yeterlidir¹⁴⁰⁴.

Bununla beraber, ilk derecedeki yokluk sebeplerinin hiçbir surette temyiz edilemez olduğu sonucuna varılmamalıdır. AvMUK m. 510/II’ye göre, temyiz mahkemesi ilk derecedeki yokluk sebeplerini de re’sen dikkate almak zorundadır. Bu düzenleme AvMUK m. 503/I ve m.

¹³⁹⁹ **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 325, Kn. 606; **Kodek/Mayr**, s. 346-347; **Kodek, Georg E.**, Zugang zum OGH bei Verfahrensmängeln: Versuch einer Klarstellung, Zak 2020/35, s. 32.

¹⁴⁰⁰ **Rechberger/Simotta**, s. 642, Kn. 1116; **Fasching**, Lehrbuch, s. 946, Kn. 1905; **Holzhammer**, s. 332; **Ballon**, Verfahrensmängeln, s. 19-20; **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 49; **Hollaender, Adrian**, Die Revisibilität von Verfahrensmängeln im Zivilprozess, RZ 2015, s. 108; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 471, Kn. 12 ve § 503, Kn. 2.

¹⁴⁰¹ **Fasching**, Lehrbuch, s. 946, Kn. 1905; **Ballon**, Verfahrensmängeln, s. 19-20; **Rechberger/Simotta**, s. 642, Kn. 1116; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 2; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 69; **Deixler-Hübner/Klicka**, Zivilverfahren, s. 236; **Hollaender**, s. 108; **Kodek/Mayr**, s. 335, Kn. 961; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E3; **Trenker**, s. 826; **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**, s. 49; **Fucik/Klausner/Kloiber**, ZPR, § 503, s. 513; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 11; OGH 09.03.2006, 6 Ob 58/06g; OGH 09.03.2006, 6 Ob 58/06g; OGH 15.12.2017, 1 Ob 218/17s; RIS-Justiz RS0042925; RIS-Justiz RS0043405; RIS-Justiz RS0042981.

¹⁴⁰² **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 69; OGH 28.05.1991, 5 Ob 530/91.

¹⁴⁰³ **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E5; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 519, Kn. 51; OGH 27.04.1999, 1 Ob 50/99f; OGH 25.07.2000, 1 Ob 146/00b.

¹⁴⁰⁴ **Fucik/Klausner/Kloiber**, ZPR, § 503, s. 513; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E6/1; **Rechberger/Simotta**, s. 642, dp. 217; RIS-Justiz RS0042917; RIS-Justiz RS0039774.

519 ile birlikte değerlendirildiğinde, istinaf yargılaması veya hükmüne etki eden ilk derecedeki yokluk sebeplerinin de temyiz yargılamasında dikkate alınacağı sonucu ortaya çıkar. Ancak bunun için istinaf mahkemesinin, tarafların talebi üzerine veya re'sen yaptığı inceleme sonucunda bu yokluk sebebinin mevcut olmadığına karar vermemiş olması gerekir. Çünkü istinaf mahkemesinin yokluk sebeplerinin reddi hakkındaki kararı usule ilişkin bir karar olup, bu karar AvMUK m. 519 uyarınca kesindir ve temyiz mahkemesini de bağlar. Şayet istinaf mahkemesi tarafından yokluk sebebinin mevcut olmadığına dair bu şekilde bağlayıcı bir karar verilmemişse, ilk derecedeki yokluk sebepleri taraflarca temyiz yargılamasında ileri sürebileceği gibi, temyiz mahkemesi de bunları re'sen dikkate almak zorundadır (AvMUK m. 510/II)¹⁴⁰⁵. Bu çerçevede söz gelimi, ilk derecedeki dava şartları eksikliği, dava engelleri, yargı yolunun caiz olmaması, taraflardan birinin dava ehliyetinin bulunmaması istinaf yargılaması veya hükmünü etkiler ve istinaf mahkemesi bunlar hakkında açıkça ret kararı vermedikçe, ilk derecedeki bu yokluk sebepleri taraflarca temyiz aşamasında ileri sürülebilir ve dahası temyiz mahkemesi tarafından re'sen dikkate alınır (AvMUK 510/II)¹⁴⁰⁶. AvMUK m. 510/II, bu kapsamda temyiz mahkemesine ilk derece gerçekleşen yokluk sebeplerini dikkate almaya olanak sağlar, ancak bu düzenleme istinaf mahkemesi tarafından verilen kesin ve bağlayıcı kararın, diğer bir ifadeyle kesin hükmün, ihlaline izin vermez¹⁴⁰⁷.

İlaveten, istinaf mahkemesi hatalı maddi hukuk değerlendirmesinin sonucu olarak ilk derecede yokluk sebebinin mevcut olmadığına karar vermişse ve bu sebepten dolayı hatalı/eksik tespitler mevcutsa, taraflar hatalı hukuk değerlendirmesi (AvMUK m. 503/IV) birlikte ilk derecedeki yokluk sebeplerini de ileri sürebilirler ve temyiz mahkemesi bu durumda ilk derecedeki yokluk sebeplerini denetleyebilir¹⁴⁰⁸. Bununla beraber, istinaf mahkemesi tespitlerde eksikliklere/hatalara neden olan hatalı bir maddi hukuk değerlendirmesi yapmaksızın ilk derecedeki yokluk sebebini sadece hatalı hukuki gerekçelerle reddetmişse,

¹⁴⁰⁵ **Fasching**, Lehrbuch, s. 946, Kn. 1905; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 66; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 2; **Rechberger/Simotta**, s. 642, Kn. 1116; **Deixler-Hübner/Klicka**, Zivilverfahren, s. 236; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 316, Kn. 587; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E5/1; **Fucik/Klausner/Kloiber**, ZPR, § 503, s. 513; OGH 09.11.1999, 10 ObS 251/99f; OGH 17.10.1995 1 Ob 612/95; RIS-Justiz RS0042925.

¹⁴⁰⁶ **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 2; **Fasching**, Lehrbuch, s. 946, Kn. 1905; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 66.

¹⁴⁰⁷ OGH 06.10.1987, 10 ObS 74/87; OGH 26.09.1989, 10 ObS 260/89; RIS-Justiz RS0042925; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 66 ve 69.

¹⁴⁰⁸ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 71; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 7; OGH 24.09.1996, 5 Ob 2102/96w.

temyiz mahkemesi istinaf mahkemesinin kararı ile bağlıdır ve ilk derecedeki yokluk sebebini dikkate alamaz¹⁴⁰⁹.

İstinaf mahkemesi, caiz bir istinaf başvurusu üzerine ilk derecedeki mutlak yokluk sebeplerini re'sen dikkate almak zorundadır. Şayet istinaf mahkemesi ilk derece yargılaması veya kararı bakımından bariz bir şekilde mevcut olan bir mutlak yokluk sebebini re'sen dikkate almamışsa, bu durum istinaf yargılamasını ve/veya hükmünü etkileyen ilk derecedeki yokluk halini meydana getirir¹⁴¹⁰. Varlığı istinaf mahkemesi tarafından reddedilmeyen ve istinaf yargılamasını/hükmünü etkileyen ilk derecedeki yokluk sebebi temyiz mahkemesi tarafından re'sen dikkate alınır¹⁴¹¹. Buna karşılık, istinaf mahkemesi ilk derecedeki bir mutlak yokluk sebebinin mevcudiyetine işaret eden emareleri görmezden gelirse ve bu yokluk meselesini nihai bir şekilde açıklığa kavuşturmak için yargılamanın tamamlanması zorunluluğunu dikkate almazsa, istinaf yargılamasında diğer önemli usuli hatalar (AvMUK m. 503/II) meydana gelir¹⁴¹².

Avusturya hukukunda azınlıkta kalan görüşe göre, temyiz mahkemesi ilk derecedeki her yokluk sebebini her zaman kendiliğinden dikkate alabilir. Bu noktada istinaf mahkemesi tarafından verilen bir ret kararının mevcut olup olmadığı önemli değildir. Zira AvMUK m. 510/II'ye göre temyiz mahkemesi ilk derecedeki yokluk sebeplerini re'sen dikkate alır¹⁴¹³.

Öğretideki bir başka bir görüş, istinaf mahkemesi tarafından varlığı reddedilen ilk derecedeki yokluk sebeplerinin temyiz mahkemesi tarafından dikkate alınamamasını eleştirmektedir¹⁴¹⁴. Bu görüş, yokluk sebeplerinin mutlak bir etkiye sahip olmasını vurgulamaktadır. Bir yokluk sebebinin kararın doğruluğunu etkilediği aksi iddia edilemez bir

¹⁴⁰⁹ **Fucik/Klauser/Kloiber**, ZPR, § 503, s. 513; **Rechberger/Simotta**, s. 642, dp. 217; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 71; OGH 19.12.2013, 1 Ob 202/13g.

¹⁴¹⁰ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 67.

¹⁴¹¹ **Rechberger/Simotta**, s. 642, Kn. 1116; **Fasching**, Lehrbuch, s. 946, Kn. 1905; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 2; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 67.

¹⁴¹² **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 67.

¹⁴¹³ **Holzhammer**, s. 336; **Buchegger**, in: Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, s. 408; **Roth/Holzhammer**, s. 110. *Buchegger*, ayrıca aksi yönde olan yargı kararlarında yokluk sebeplerinin ne anlamadığı geldiğinin net olmadığını belirterek eleştiride bulunmaktadır (**Buchegger**, in: Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, s. 408).

¹⁴¹⁴ **Rechberger, Walter H./Puschner, Kaja**, Prozessuale Probleme des Verhältnisses der Ansprüche nach §§ 6 ff MedG und § 87 Abs 2 UrhG, Anmerkung zu OGH 4 Ob 132/97h, RZ 1998, s. 219 vd.

kanuni karinedir¹⁴¹⁵. İstinaf mahkemesi, ilk derecedeki bir yokluk sebebinin varlığı yanlışlıkla reddederse, yargılama hala bir yokluk sebebinin barındırmasına rağmen, temyiz mahkemesi bu yokluk sebebinin dikkate alamaz. Bu yokluk, istinaf mahkemesi tarafından itiraz edilemez kesin bir kararla giderilmiş olur. Çünkü kesin hüküm yokluğun önüne geçer (*Rechtskraft geht vor Nichtigkeit*). Ancak bununla beraber, istinaf mahkemesinin ilk derecedeki yokluk sebebinin isabetsiz bir şekilde reddetmesi ve bu reddin de temyiz mahkemesi nezdinde tartışılmazlığa yol açması, temyiz mahkemesinin doğru karar vermeyi temin etme yükümlülüğünü yerine getirememesine ve şöyle bir “paradoksa” yol açar; temyiz mahkemesi bir kararın doğruluğunu denetler ve meydana gelen bir yokluk sebebi nedeniyle bu kararın asla verilmemesi gereken bir karar olduğu gerçeğini de göz ardı etmek zorundadır¹⁴¹⁶. Öte yandan, ilk derecede İHAS’da yer alan hakları ihlal eden usuli hatalar veya eksikliklerin mevcut olması, durumu daha da sıkıntılı bir hale sokar. Söz gelimi yasaklı olan veya haklı bir şekilde reddedilen hâkimin karara katılması yokluk sebebinin istinaf mahkemesi tarafından isabetsiz bir şekilde reddedilmesi ve bu ret kararının kesin hüküm teşkil etmesi sebebiyle temyiz mahkemesi tarafından denetlenememesi, İHAS’a aykırılığın ne istinaf ne de temyiz mahkemesi tarafından giderilmesine neden olur ve İHAM, De Cubber – Belçika kararında olduğu gibi¹⁴¹⁷, sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar verebilir¹⁴¹⁸.

¹⁴¹⁵ **Rechberger/Puschner**, s. 221; **Rechberger/Simotta**, s. 618, Kn. 1085. Aksi yönde olan *Trenker*’e göre yokluk sebeplerinin çoğu genellikle esas hakkındaki kararın doğruluğuna hiçbir etki göstermez. Bir kanun yolu sebebi olarak yokluk sebeplerinin amacı, esas hakkındaki bir kararın doğruluğunu garanti etmek değil, daha çok bir bütün olarak yargının çıkarını (menfaatini) gözetmektir. Bu bağlamda söz gelimi AvMUK m. 477/I, 3’de görevsiz veya kesin yetki halinde yetkisiz bir mahkemece karar verilmesinin yokluk sebebi teşkil etmesi, yargı sistemi üzerinde dengesiz yükten kaçınılması gereğine dayanmaktadır. Ayrıca, aleniyet ilkesinin haksız bir şekilde reddinin (AvMUK m. 477/I, 7) veya taraflardan birinin yargılamada temsil edilmemiş olmasının veya kanunî temsilci ile temsil edilmesi gerektiği halde kanunî temsilci ile temsil edilmemiş olmasının (AvMUK m. 477/I, 5) bir yokluk sebebi olarak düzenlenmesi, gizli veya haksız yargılama yapıldığı yönünde yargının itibarının zarar görmesini önlemeye yöneliktir. Yokluk sebeplerinin yargılamanın sonucuna etki edip etmemelerinden bağımsız olarak kararın bozulmasına neden olmasının gerçek sebebi, bu çıkarların yargılamanın sonucundan bağımsız olmasından kaynaklanır (**Trenker**, s. 828).

¹⁴¹⁶ **Rechberger/Puschner**, s. 222. Bunu eleştiren *Zechner*’e göre, istinaf mahkemesinin vereceği kesin hüküm ile, bu yanlış olsa da, yokluk giderilmiş sayılır. Giderilmiş bir yokluk usuli bir hata teşkil etmez ve bu yüzden de gerçekte bir paradoks söz konusu olmaz. Gerçek bir paradoks, bir yandan istinaf mahkemesi kararının kesin hüküm oluşturması öte yandan aynı zamanda bu kararın temyiz mahkemesi tarafından onaylanması veya reddedilmesi halinde ortaya çıkar (**Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 74).

¹⁴¹⁷ De Cubber-Belçika kararında İHAM, ilk derecedeki ceza yargıçlarından birinin daha önce aynı dosyada soruşturma yargıcısı olarak görev yapması ve mahkemenin oluşumunda yapısal hata teşkil eden bu hususun giderilmesine yönelik ne istinaf ne de temyiz mahkemesi tarafından bir karar verilmemesi olayında İHAS m.6/1’in ihlaline karar vermiştir (İHAM/ De Cubber-Belçika, 26.10.1984 T., B. No: 9186/80).

¹⁴¹⁸ **Rechberger/Puschner**, s. 222; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 74. *Trenker*’e göre ise, bir sorunu çözmek için kullanılan kaynaklar sorunun önemi ile orantılı olmalıdır. Bundan, salt usuli uyumsuzluklar, yani esasa ilişkin karar bakımından herhangi bir etkisi olmayan usule ilişkin ön veya ara meseleler hakkındaki kararların, esasa ilişkin kararlarla aynı hukuki himaye garantilerine sahip olması gerekmediği sonucu ortaya

C. Diğer Önemli Usul Hataları

1. Genel Olarak

İstinaf yargılamasında, uyuşmazlık konusu hakkında detaylı inceleme yapılmasını ve esaslı bir şekilde değerlendirmede bulunulmasını engelleyen ve yokluk sebepleri teşkil etmeyen hata veya eksikliklerin bulunması bir temyiz sebebidir (AvMUK m. 503/II). Her ne kadar diğer önemli usuli hatalar bakımından AvMUK m. 503/II’de sadece detaylı inceleme ve esaslı bir değerlendirme yapılmasını engelleyen usuli hatalar ve eksiklikler sayılmışsa da, istinaf hükmünün hatalı ve/veya eksik olmasına neden olan diğer usuli hatalar da bir temyiz sebebi teşkil eder. Bu bağlamda, tarafların esasa ilişkin dilekçelerindeki taleplerinin tamamı hakkında karar vermemiş olması (AvMUK m. 496/I, 1) da bir temyiz sebebi teşkil eder. Zira bu durum aynı zamanda istinaf yargılamasında detaylı inceleme yapılmasını ve esaslı bir değerlendirme yapılmasını engelleyen bir eksiklik teşkil eder. Yine, istinaf mahkemesinin hatalı hukuki değerlendirmesi nedeniyle vakıa tespitlerini eksik gerçekleştirilmesi de (AvMUK m. 496/I, 3) hatalı hukuki değerlendirmeler kapsamında bir temyiz sebebidir (AvMUK m. 503/IV)¹⁴¹⁹.

Usuli bir hatanın veya eksikliğin temyiz sebebi teşkil edebilmesi için, karar bakımından önemli olması ve karara etki edebilecek olması gerekir¹⁴²⁰. Öğretideki ağırlıklı görüşe göre, bu kapsamda önemli bir usul hatasından söz edilebilmesi için, detaylı inceleme ve esaslı değerlendirme yapmasını engelleyen ve kararın yanlış olmasına neden olabilen soyut eksikliklerin bulunması yeterlidir¹⁴²¹. Temyiz başvurusunun söz konusu hatanın/eksikliğin somut olayda yanlış karar vermesine neden olduğunu sıkı bir şekilde ispat etmesi şart değildir¹⁴²². Ancak temyiz başvurusu, açık bir hata veya eksiklik mevcut değilse, söz konusu usul hatası olmasaydı yargılamanın sonucunun kendisi bakımından daha elverişli

çıkar. Kanun koyucunun bakış açısına göre yokluk sebepleri ile ilgili uyuşmazlıklar da bu kategoride yer alır. Bu yerinde bir yaklaşımdır. Zira, yokluk sebepleri, esasa ilişkin kararın doğruluğuna etki etmemiş olsa bile, kendiliğinden esasa ilişkin kararın bozulmasına yol açar ve yokluk sebeplerinin çoğu genellikle başından itibaren esas bakımından kararın doğruluğuna hiçbir etki göstermez. **Trenker**, s. 827.

¹⁴¹⁹ **Fasching**, Lehrbuch, s. 947, Kn. 1908; **Rechberger/Simotta**, s. 645, Kn. 1118; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 120-121; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 10.

¹⁴²⁰ **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 14; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 16; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E23.

¹⁴²¹ **Delle-Karth**, s. 19; **Ballon**, Verfahrensmängeln, s. 17; **Fasching**, Lehrbuch, s. 893, Kn. 1765; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 123; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 496 Kn. 3; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E24; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 14; RIS-Justiz RS0043027. Ayrıca bkz. s..

¹⁴²² **Fasching**, Lehrbuch, s. 893, Kn. 1765; **Delle-Karth**, s. 19; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 123; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 496 Kn. 3.

olabileceğini¹⁴²³ ya da diğer bir ifadeyle, usul hatasının hatalı bir karara yol açabilecek nitelikte olduğunu ortaya koyması gerekir¹⁴²⁴. Ayrıca, AvMUK m. 503/II kapsamında diğer önemli usuli hatalar temyiz mahkemesi tarafından re'sen dikkate alınmazlar, bu hataların temyiz mahkemesince dikkate alınabilmesi için tarafların bu hususta açık itirazlarının bulunması gerekir¹⁴²⁵.

Diğer önemli usuli hatalar konusunda istinaf sebepleri bağlamında daha önce yaptığımız açıklamalar esas itibarıyla temyiz yargılaması bakımından da geçerlidir. Bu nedenle bu konuda ilgili bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz¹⁴²⁶. Bununla beraber, temyiz denetimi bakımından dikkat edilmesi gereken husus, önemli usuli hatalara yönelik itiraz temyiz mahkemesine alt derece hâkiminin delilleri değerlendirmesini denetleme imkanı sağlamaz. AvMUK m. 503/II bağlamında istinaf yargılamasında önemli usuli hatalar, usul kuralı ihlalinin, hâkimin delil değerlendirmesinin sonucundan bağımsız olarak, soyut bir şekilde uyuşmazlık konusu hakkında detaylı inceleme yapılmasını ve esaslı bir şekilde değerlendirmede bulunulmasını engellemesi halinde gerçekleşir¹⁴²⁷. Diğer bir ifadeyle, istinaf mahkemesi tarafından, hâkimin yargılamanın sonucuna ilişkin değerlendirmesi dikkate alınmaksızın, dava malzemesinin toplanmasına ve esaslı bir şekilde değerlendirmesine ilişkin usul kurallarının ihlali AvMUK m. 503/II anlamında diğer önemli usuli hatalıdır ve temyiz mahkemesince denetlenebilir. Buna karşılık, istinaf mahkemesi tarafından, hâkimin değerlendirme ölçütüne/standardına (*Bewertungsmaßstab*) dahil olan, vakıalara/delillere yönelik yapılan çıkarımların doğru olup olmadığı veya hatalı olup olmadığı, temyiz mahkemesince denetlenemez bir delil değerlendirmesidir¹⁴²⁸. Dolayısıyla istinaf mahkemesinin, delil ikamesinin tekrarlanması (örneğin başka bir bilirkişi raporu alınmasının) gerekli olup olmadığına dair kararı veya ilk derece mahkemesinin delil değerlendirmesine katılıp katılmamasına yönelik kararı temyiz

¹⁴²³ **Fucik/Klauser/Kloiber**, ZPR, § 496, s. 499; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E24/1.

¹⁴²⁴ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 123; **Delle-Karth**, s. 19; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 471, Kn. 6; OGH 20.02.2002, 9 Ob 6/02a.

¹⁴²⁵ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 122; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 471, Kn. 6; RIS-Justiz RS0042407.

¹⁴²⁶ Bkz. § 9/I/C.

¹⁴²⁷ **Fasching**, Probleme des Revisionsverfahrens, s. 13; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 148; OGH, 30.10.2001, 10 Ob S320/01h.

¹⁴²⁸ **Fasching**, Lehrbuch, s. 948, Kn. 1910; **Fasching**, Probleme des Revisionsverfahrens, s. 13; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 148; **Kralik**, Beweiswürdigung, s. 165; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 15.

yargılamasında denetlenemez¹⁴²⁹. Buna karşılık, soyut olarak bir delilin elverişliliğinin (uygunluğunun) değerlendirilmesi bir delil değerlendirmesi değildir ve temyiz mahkemesince denetlenebilir¹⁴³⁰. Ayrıca, istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin delil değerlendirmesine karşı yapılan itirazı hiç dikkate almazsa veya bu itiraz ile ilk derece mahkemesinin delil değerlendirmesi hakkında anlaşılabilir bir değerlendirme yapmayacak ölçüde ilgilendiyse, istinaf yargılaması bakımından önemli usuli hata/eksiklik meydana gelir (AvMUK m. 503/II) ve bu hususlar temyiz mahkemesince denetlenebilir¹⁴³¹. İstinaf yargılamasında taraflardan birinin avukatla temsil edilmemesi¹⁴³², doğrudanlık ilkesinin¹⁴³³ ve hâkimin davayı sevk ödevinin ihlali¹⁴³⁴ de bu bağlamda bir temyiz sebebidir.

İstinaf mahkemesi, AvMUK m. 488/IV'e aykırı olarak, ilk derece mahkemesi tarafından hukuken önemli vakıaları tespit etmek için doğrudan ikame ettiği delilleri yenilemeden veya ilk derecedeki delil ikamesine ilişkin tutanakları dikkate almadan ilk derecedeki vakıa tespitlerden saparsa yahut bu tespitleri delil ikamesini yenilemeden tamamlarsa AvMUK m. 503/II anlamında bir temyiz sebebi gerçekleşmiş olur¹⁴³⁵. İlâveten, istinaf mahkemesi hukuken önemli durumlara ilişkin sunulan bir delili gerekçesiz olarak veya sözde (görünürde) sebeplerle kabul etmemişse veya dikkate almamışsa yahut delil ikamesine ilişkin usuli kuralları takip etmeden delil ikamesini gerçekleştirmişse AvMUK m. 503/II kapsamında temyiz mahkemesine

¹⁴²⁹ **Fasching**, Lehrbuch, s. 948, Kn. 1910; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 13; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 149; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E61-E62-E66.

¹⁴³⁰ **Fasching**, Lehrbuch, s. 948, Kn. 1910; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 154.

¹⁴³¹ **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 11; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 145; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E31/1 ve E82/1; **Fucik/Klausner/Kloiber**, ZPR, § 496, s. 513; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 15; RIS-Justiz RS0042993; RIS-Justiz RS0043150; OGH 25.03.2020, 6 Ob 246/19y.

¹⁴³² **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E53; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 11; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 14.

¹⁴³³ **Fasching**, Lehrbuch, s. 948-949, Kn. 1911; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 11; **Fucik/Klausner/Kloiber**, ZPR, § 503, s. 513; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 14; RIS-Justiz RS0042151 OGH 04.07.1991, 2 Ob 39/91.

¹⁴³⁴ **Rechberger/Simotta**, s. 645, dp. 237; **Fasching**, Lehrbuch, s. 948-949, Kn. 1911; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 14; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E53. Davayı sevk ödevinin ihlaliinde temyiz başvurusu, istinaf mahkemesince bu ödev yasaya uygun bir şekilde yerine getirilseydi neleri ileri sürebileceğini belirtmelidir. Çünkü usuli hatanın önemliliği ancak bu temelde değerlendirilebilir (OGH 27.09.2017, 7 Ob 91/17h).

¹⁴³⁵ **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E28/2; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 11; RIS-Justiz RS0042151; OGH 25.10.1988, 2 Ob 134/88; OGH 04.07.1991, 2 Ob 39/91.

başvurulabilir¹⁴³⁶. İstinaf mahkemesinin, AvMUK m. 496/III'de öngörülen şartlar¹⁴³⁷ gerçekleşmeden dava dosyasını ilk derece mahkemesine geri göndermesi de, istinaf yargılamasında önemli usuli hata/eksiklik meydana getirir¹⁴³⁸.

İstinaf mahkemesi haksız bir şekilde, ilk derecede hatalı hukuki değerlendirme yapıldığına yönelik kendisine yapılan istinaf başvurusunda bu istinaf sebebinin (hukuki itirazın) yasaya uygun olarak ileri sürülmediği kanaatindeyse ve bu yüzden de hukuki itirazını fiilen incelememişse, buna karşı temyizde, istinaf yargılamasının önemli usuli hata/eksiklik içerdiğine yönelik itirazda (AvMUK m. 503/II) bulunulmalıdır¹⁴³⁹.

2. İlk Derecedeki Diğer Önemli Usuli Hatalar

İlk derecedeki diğer önemli usuli hataların temyiz mahkemesince ne kapsamda denetlenebileceği belirtilmeden önce, ilk derecedeki önemli usuli hatalara ilişkin istinaf mahkemesince verilecek karar şekli ortaya konulmalıdır. İstinaf mahkemesi, ilk derece yargılamasında AvMUK m. 491/I kapsamında önemli bir hata/eksikliğin mevcut olduğunu tespit etmişse ve bu hatanın/eksikliğin istinafta giderilmesi yargılamayı daha fazla uzatacaksa veya daha çok masraf yapılmasına neden olacaksa ilk derece mahkemesinin kararını kaldırır ve dosyayı, hukuki uyumsuzluk hakkında yeni bir yargılama yapılması ve karar verilmesi talimatı ile, ilk derece mahkemesine geri gönderir (AvMUK m. 496/III). Bu geri gönderme kararı usule ilişkin bir karardır¹⁴⁴⁰. İstinaf mahkemesinin vermiş olduğu bu usule ilişkin nihai karara karşı şikayet kanun yoluna başvurulabilir (AvMUK m. 519/I, 2)¹⁴⁴¹. Bu halde kendisine şikayet yolu

¹⁴³⁶ **Kralik**, Beweiswürdigung, s. 167; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E31/2.

¹⁴³⁷ AvMUK m. 496/III'e göre, istinaf mahkemesinin dosyaya bakmaya devam ederek esas hakkında karar vermesi, eksik işlemlerin ilk derece mahkemesi tarafından yapılmasına göre yargılamayı daha fazla uzatacaksa veya daha çok masraf yapılmasına yol açacaksa, dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilmelidir.

¹⁴³⁸ **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E55.

¹⁴³⁹ **Fucik/Klauser/Kloiber**, ZPR, § 503, s. 514. Yüksek Mahkemeye göre, istinaf mahkemesi hatalı hukuki değerlendirme itirazını yasaya uygun yapılmadığından dolayı incelememişse ve taraf da temyizde bu sebepten istinaf yargılamasının hatalı/eksik olduğuna yönelik itirazda bulunmamışsa, artık temyiz mahkemesi maddi hukuk denetimi yapamaz. Zira böyle bir durumda istinaf mahkemesi hükmü hatalı bir hukuki değerlendirmeye dayanmaz ve AvMUK m. 503/IV'de düzenlenen temyiz sebebi gerçekleşmez (OGH 08.06.1995, 10 ObS 100/95; RIS-Justiz RS0043231).

¹⁴⁴⁰ **Rechberger/Simotta**, s. 631, Kn. 1104; **Buchegger**, in: Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, s. 386; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 311, Kn. 581; **Pimmer**, in: Fasching/Konecny, § 499, Kn. 1; **Deixler-Hübner/Klicka**, Zivilverfahren, s. 226.

¹⁴⁴¹ **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 325, Kn. 606; **Kodek/Mayr**, s. 346-347; **Kodek**, Zak 2020, s. 31.

ile başvurulanan Yüksek Mahkeme, bu kararının dayandığı hukuki görüşün doğruluğunu, kural olarak, sınırsız bir şekilde denetleyebilir¹⁴⁴².

İstinaf mahkemesi, ilk derecede önemli usuli hataların/eksikliklerin mevcut olduğunu reddederse vereceği karar türü tartışmalıdır. Öğretideki ağırlıklı görüşe ve yargı uygulamasına göre bu durumda istinaf mahkemesinin kararı hüküm şeklinde gerçekleşir. Zira, AvMUK m. 497/I'e göre istinaf mahkemesi AvMUK m. 494, m. 495 ve m. 496'de sayılan haller dışında uyuşmazlık hakkında bizzat hüküm verir. İstinaf mahkemesi, ilk derecede önemli bir usuli hatanın mevcut olmadığına dair verirken AvMUK m. 494-496'daki hükümler uygulama alanı bulmaz. Dolayısıyla da istinaf mahkemesince bu ihtimalde vermesi gereken karar şekli hükümdür¹⁴⁴³. Azınlıkta kalan görüşe göre, usuli bir mesele hakkında verilmesi gereken karar türü hüküm değil usule ilişkin bir karardır. Bu ihtimalde de istinaf mahkemesi ilk derecedeki usuli hata/eksiklik hakkında karar vereceğinden, verilecek karar usule ilişkin bir karar şeklinde gerçekleşir¹⁴⁴⁴.

Öğretideki baskın görüşe ve yerleşik yargı kararlarına göre, istinaf yargılamasında ileri sürülmeyen ilk derecedeki önemli usul hataları ilk defa temyizde ileri sürülemez. Çünkü yokluk sebepleri dışındaki istinaf sebepleri istinaf mahkemesince re'sen dikkate alınamaz. İstinaf yargılamasında taraflarca ileri sürülmeyen ilk derecedeki önemli usuli hatalar da istinaf mahkemesince dikkate alınamadığı için istinaf yargılaması bakımından önemli bir usuli hata/eksiklik meydana gelmez ve artık bu hatalar temyiz aşamasında ileri sürülemez^{1445/1446}. Bununla beraber, bu husus re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu uyuşmazlıklar bakımından geçerli değildir. Çünkü bu uyuşmazlıklarda istinaf mahkemesi gerçeği re'sen araştırmak ve ilk

¹⁴⁴² **Kodek**, Zak 2020, s. 32.

¹⁴⁴³ **Fasching**, Lehrbuch, s. 915, Kn. 1814; **Pimmer**, in: Fasching/Konecny, § 497, Kn. 1; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 497, Kn. 1; **Rechberger/Simotta**, s. 631, Kn. 1104; **Ballon**, Verfahrensmängeln, s. 19; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 311-312, Kn. 581; OGH 26.09.1989, 10 ObS 236/8.

¹⁴⁴⁴ **Holzhammer**, s. 330; **Buchegger**, in: Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, s. 386-387.

¹⁴⁴⁵ **Rechberger/Simotta**, s. 642, Kn. 1116; **Holzhammer**, s. 336; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 8; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 34; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E33; **Deixler-Hübner/Klicka**, Zivilverfahren, s. 236; **Trenker**, s. 765; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 13; **Fucik/Klausner/Kloiber**, ZPR, § 503, s. 513; **Buchegger**, in: Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, s. 408-409; **Ballon**, Verfahrensmängeln, s. 27; **Kodek**, Zak 2020, s. 29; OGH 24.10.1995; 4 Ob 1654/95; OGH 21.01.2009, 3Ob279/08p; RIS-Justiz RS0043111; RIS-Justiz RS0074223.

¹⁴⁴⁶ Bu bağlamda söz gelimi ilk derece hâkiminin davayı sevk yükümlülüğünü ihlal ettiği istinaf aşamasında ileri sürülmemişse artık bu ihlal temyiz aşamasında da ileri sürülemez (OGH 24.02.200, 6 Ob 256/99m). Buna karşılık ilk derece mahkemesinin talep edilen bir delili kabul etmeyerek ilk derece yargılamasında gerçekleştirdiği önemli usuli hata, şayet bu delil ilk olarak ilk derece mahkemesinin hukuki bakış açısından sapan istinaf mahkemesinin bakış açısı ile önemli hale gelmişse, temyiz aşamasında ileri sürülebilir (**Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E33/1-E34).

derecedeki dava malzemesinin toplanmasındaki eksiklikleri/hataları da kendiliğinden gidermek zorundadır¹⁴⁴⁷.

Fasching'e göre, taraflarca itiraz edilmeyen ve istinaf mahkemesince dikkate alınmayan önemli usuli hatalar/eksiklikler istinaf yargılamasını değil istinaf kararını hatalı hale getirir. Çünkü bu halde istinaf mahkemesinin kararı hatalı/eksik bir temele dayanır ve bu da temyizde ileri sürülebilir ve temyiz mahkemesince denetlenebilir¹⁴⁴⁸. Bu görüşü eleştiren öğretideki diğer yazarlara göre, tasarruf ilkesi gereğince istinaf mahkemesi taraflarca ileri sürülmeyen usuli hataları/eksikleri dikkate alamaz ve bu durumda da artık kararın temelini hatalı/eksik olduğundan söz edilemez. Zira bu kapsamdaki usuli hatalara yönelik itirazlar vazgeçilebilir niteliktedir ve istinaf başvurusu bizzat usuli hatalara yönelik itirazından vazgeçerek kararın temelini sınırlandırmaktadır¹⁴⁴⁹. Taraflar ilk derecedeki önemli usuli hatalara/eksikliklere karşı itirazdan vazgeçerek İHAS m. 13 anlamında etkili başvuru hakkında feragat etmiş olurlar¹⁴⁵⁰. Tarafların ileri sürmekten vazgeçtiği ilk derecedeki usuli hatalar/eksiklikler giderilmiş (tedavi edilmiş- *geheilt werden*) olarak düşünülmelidir¹⁴⁵¹. İlâveten, tarafın ilk derecedeki önemli usuli hatayı istinaf yargılamasında ileri sürmeyip, daha sonra bunu ilk defa temyiz mahkemesinde ileri sürmesine izin verilmesi, istinaf mahkemesini adeta temyiz mahkemesine ulaşmak için kullanılan anlamsız bir geçiş mahkemesine (*Durchgangsgericht*) çevirir. Bu da kanun koyucunun yapmış olduğu değişikliklerle ne temyiz mahkemesinin iş yükünü azaltma amacına ne de istinaf mahkemesini geliştirme (iyileştirilme) amacına uygun düşer¹⁴⁵². *Ballon*'a göre bu noktada nitelikli usuli hatalar (*qualifizierte Verfahrensmängel*) farklı değerlendirilmelidir. Nitelikli usuli hatalar, yokluk sebepleri teşkil etmemekle birlikte, anayasa ve İHAS'daki düzenlemeleri (özellikle de hukuki dinlenilme hakkını) ihlal sonucunu doğuran usuli hatalardır. Tarafın ilk derecedeki bu nitelikte usuli hatalara karşı istinaf aşamasında itiraz etme imkanı mevcut değilse, başka bir ifadeyle tarafın bu hataları istinaf aşamasında ileri sürmemesinde bir ihmali (kusuru) yoksa temyiz mahkemesinde bu hatalara karşı itiraz edilebilir. Bu bağlamda

¹⁴⁴⁷ **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 8; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 37; **Rechberger/Simotta**, s. 642-643, Kn. 1116; **Kodek**, Zak 2020, s. 29; OGH 14.04.1998, 6 Ob 549/88; OGH 19.12.2005; 4 Ob 238/05m; RIS-Justiz RS0043112. Aksi yönde bkz. **Ballon**, Verfahrensmängeln, s. 25.

¹⁴⁴⁸ **Fasching**, Lehrbuch, s. 947-948, Kn. 1909.

¹⁴⁴⁹ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 52.

¹⁴⁵⁰ **Ballon**, Verfahrensmängeln, s. 27.

¹⁴⁵¹ **Rechberger/Simotta**, s. 642, Kn. 1116.

¹⁴⁵² **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 52.

örneğin, bir taraf, ilk derecedeki bilirkişinin tarafsız olmadığını ilk olarak istinaf yargılaması sona erdikten sonra öğrenmişse, bu usuli hatayı temyizde ileri sürebilir¹⁴⁵³.

Yukarıda bahsettiğimiz üzere Avusturya hukukunda istinaf mahkemesi tarafından ilk derecede yokluk sebeplerinin mevcut olmadığına (reddine) dair verilen karar, kural olarak, kesindir ve temyiz mahkemesini bağlar. Yokluk sebeplerine oranla daha basit usuli hatalar teşkil ettiği ileri sürülen diğer önemli usuli hatalar konusunda aynı kuralın geçerli olup olmadığı Avusturya hukukunda oldukça tartışmalıdır¹⁴⁵⁴.

Yargı kararlarında istikrarlı bir şekilde kabul edilen¹⁴⁵⁵ ve öğretideki azınlık görüş tarafından da desteklenen temel prensip şu şekildedir; istinaf yargılamasında açıkça ilk derecede önemli bir usuli hatanın mevcut olduğu ileri sürülmüş ve istinaf mahkemesi de iddia edilen bu usuli hatanın mevcut olmadığına karar vermişse, artık ilk derecede gerçekleşen bu usuli hata temyiz mahkemesince dikkate alınamaz ve denetlenemez¹⁴⁵⁶. Yüksek Mahkeme bu içtihadında istikrarlı olmakla¹⁴⁵⁷ beraber içtihadının gerekçelerini zamanla değiştirmiştir. İlk zamanlarda Yüksek Mahkeme bu içtihadına, “bir usuli hatanın mevcut olup olmadığı, her zaman sadece bir defa, bir üst derece mahkemesince, denetlenebilir” şeklinde bir ilkeyi dayanak göstermekteydi¹⁴⁵⁸. Bu ilke öğreti tarafından çok sert bir şekilde eleştirilmiştir. Öğretiye göre Yüksek Mahkemenin savunduğu bu ilke ne usul kanunundan ne de temyiz yargılamasının amacından ortaya çıkar ve Yüksek Mahkeme bu ilkeye ilişkin hiçbir zaman bir gerekçe sunamamıştır¹⁴⁵⁹. Yüksek Mahkeme daha sonra bu ilkeyi büyük ölçüde terk etmekle¹⁴⁶⁰ birlikte bazı kararlarında hala bu eski ilkeye dayanmaktadır¹⁴⁶¹.

¹⁴⁵³ **Ballon**, Verfahrensmängeln, s. 27-28.

¹⁴⁵⁴ **Ballon**, Verfahrensmängeln, s. 19-26; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 41-51; **Rechberger/Simotta**, s. 642-643, Kn. 1116; **Hollaender**, s. 107-110; **Trenker**, s. 757 vd.

¹⁴⁵⁵ RIS-Justiz RS0042963; RIS-Justiz RS0106371; OGH 01.04.2009, 9Ob15/09k; OGH 23.05.2018, 3 Ob 85/18y.

¹⁴⁵⁶ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 34; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 9; **Fucik/Klauser/Kloiber**, ZPR, § 503, s. 513; **Ballon**, Verfahrensmängeln, s. 19-20; **Kodek**, Zak 2020, s. 32.

¹⁴⁵⁷ Bununla beraber Yüksek Mahkeme önceki dönemlerde üç kararında istinaf mahkemesince varlığı reddedilen ilk derecedeki önemli usuli hataları denetlemiştir. Bu hususta bkz. **Ballon**, Verfahrensmängeln, s. 19.

¹⁴⁵⁸ OGH 20.07.1949, 1 Ob 313/49.

¹⁴⁵⁹ **Fasching**, Lehrbuch, s. 947-948, Kn. 1909; **Trenker**, s. 757. Aynı yönde **Schima, Hans**, Gedanken zu einer Überholung der ZPO, JBl 1960, s. 324 ve **Novak, Franz**, Anmerkung zu Entscheidung OGH 2 Ob 701/59, JBl 1960, s. 565 (**Ballon**, Verfahrensmängeln, s. 20'den naker).

¹⁴⁶⁰ OGH 26.09.1989, 10 ObS 236/89.

¹⁴⁶¹ OGH 10.05.1989, 9 ObA 80/89; OGH 06.09.1995, 1 Ob 570/95; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 50.

Yüksek Mahkeme sonraki kararlarında, istinaf mahkemesi tarafından varlığı reddedilen ilk derecedeki önemli usuli hataların artık temyiz mahkemesince denetlenemeyeceğine ilişkin temel prensibini özel bir kıyasa türü olarak evleviyet ilkesine (*Größenschluss –Schluß von Größerem auf das Kleinere*: büyükler/ağırlar için geçerli olan, küçükler/hafifler için de geçerlidir) dayandırmaktadır. Buna göre, istinaf mahkemesi tarafından varlığı reddedilen ilk derecedeki yokluk sebepleri AvMUK m. 519 uyarında temyiz mahkemesince dikkate alınamadığı ve denetlenemediği için aynı kural yokluk sebeplerine göre daha basit usuli hatalar teşkil diğer önemli usuli hatalar için de geçerli olmak zorundadır. Aksi halde, yani daha basit usul hataları teşkil eden ilk derecedeki diğer önemli usuli hatalar temyiz mahkemesince denetlenirse, bir değerlendirme çelişkisi (*Wertungswiderspruch*) ortaya çıkar¹⁴⁶².

Öğretideki ağırlıklı görüşe göre ise, istinaf yargılamasında açıkça ileri sürülen ilk derecedeki önemli usuli hatalar istinaf mahkemesi tarafından haksız (yanlış) bir şekilde reddedilmişse (diğer bir ifadeyle istinaf mahkemesi haksız bir şekilde ilk derecede bir usuli hatanın mevcut olmadığını belirtmişse), buna karşı temyiz başvurusunda bulunulabilir ve temyiz mahkemesi bu usuli hatayı dikkate alabilir. Çünkü istinaf mahkemesi ilk derecedeki usuli hatanın varlığını haksız bir şekilde reddederek bizzat istinaf yargılamasını hatalı/eksik (AvMUK m. 503/II) hale getirmiş olur¹⁴⁶³. İstinaf mahkemesi, yokluk sebeplerinin farklı olarak ilk derecede diğer önemli bir usuli hatanın varlığını reddetmesi durumunda usule ilişkin bir karar değil esasa ilişkin bir hüküm verir ve kural olarak istinaf mahkemesi hükmünün temyiz mahkemesince bozulması mümkündür¹⁴⁶⁴. AvMUK m. 503/II uyarınca temyiz sebebi teşkil eden istinaf yargılamasında hatanın mutlaka istinaf mahkemesince gerçekleştirilen bir “orijinal hata” olması gerekmez. İlk derece yargılamasında gerçekleşen usuli hatalar da AvMUK m. 503/II anlamında istinaf yargılamasını hatalı hale getirebilir¹⁴⁶⁵. *Kuderna*’ya göre, ilk

¹⁴⁶² OGH 30.10.1985, 3 Ob 569/85; OGH 06.10.1987, 10 ObS 23/87; OGH 28.02.1990, 3 Ob 601/89; **Ballon**, Verfahrensmängeln, s. 20 ve 24; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 35, 48 ve 121; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 9; **Kodek/Mayr**, s. 335, Kn. 965; **Kodek**, Georg E., Praxistipps zur Revision, Zak 2007/68, s. 45; **Buchegger**, in: Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, s. 408-409; **Holzhammer**, s. 336; **Roth/Holzhammer**, s. 110.

¹⁴⁶³ **Fasching**, Lehrbuch, s. 947-948, Kn. 1909; **Rechberger/Simotta**, s. 642-643, Kn. 1116; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 19; **Hollaender**, s. 107; **Delle-Karth**, s. 56; **Kralik, Winfried**, Der Zugang zum OGH im Außerstreitverfahren, JBl 1991, s. 290; **Hoyer, Hans**, Anmerkung zu OGH 1 Ob 515/90, JBl 1991, s. 447-448; **Trenker**, s. 764-765. Ayrıca bu görüşte bkz. **Rechberger/Simotta**, s. 643, dp. 220’de anılan; **Schima, Hans**, Gedanken zu einer Überholung der ZPO, JBl 1960, s. 324; **Kuderna, Friedrich**, Der Untersuchungsgrundsatz im Verfahren in Sozialrechtssachen, in: FS 100 Jahre österreichische Sozialversicherung (1989), s. 356; **Haselberger, Rudolf**, Die Mangelhaftigkeit des Verfahrens, ÖJZ 1991, s. 95.

¹⁴⁶⁴ **Rechberger/Simotta**, s. 642-643, Kn. 1116; **Hollaender**, s. 108.

¹⁴⁶⁵ **Trenker**, s. 764-765.

derecedeki yokluk sebeplerinin varlığının reddine yönelik istinaf mahkemesi kararı AvMUK m. 519 yer alan açık bir kanuni düzenlemeden dolayı kesindir ve bu nedenle bu karara karşı temyize başvurmak caiz değildir. Buna karşılık, ilk derecedeki diğer önemli usuli bir hatanın varlığının istinaf mahkemesi tarafından reddine karşı koymak, kanun yolunun caizliğine ilişkin değil, caiz bir kanun yolunda bozma sebeplerinin kapsamına ilişkin bir meseledir. Dolayısıyla da ortada birbiriyle karşılaştırılmayacak iki ayrı mesele söz konusu olduğu için evleviyet ilkesinin uygulanması mümkündür değildir. Kaldı ki şayet evleviyet ilkesi doğru kabul edilirse, bu hatalı hukuki değerlendirme sebebine (AvMUK m. 503/IV'ye) de uygulanmalıdır. Yani, ilk derecenin hatalı hukuki değerlendirme yaptığı istinaf mahkemesinde ileri sürülmüş ve istinaf mahkemesi bunu reddetmişse, artık temyiz mahkemesi de hatalı hukuki değerlendirme yapıp yapılmadığını denetleyememelidir. Zira hatalı hukuki değerlendirmeler yapıldığı da re'sen değil ancak bu hususta bir itiraz gerçekleştiği takdirde dikkate alınabilirler¹⁴⁶⁶.

Aksi görüşe göre, evleviyet ilkesi, özel bir kıyas şekli olarak, bir kanuni düzenlemede plana aykırı (*planwidrig*) bir eksiklik bulunması halinde uygulanır. Bu durum AvMUK m. 503/II bakımından söz konusudur. Zira, söz konusu düzenlemede ilk derecedeki önemli usuli hataların ne derecede temyiz mahkemesince dikkate alınacağı belirtilmemiştir. Bu açık plana aykırı eksiklik (diğer bir ifadeyle açık kanun boşluğu) kanunda ifade edilen değerlendirmeye göre doldurulmalıdır. Plana aykırı eksiklik (kanun boşluğu), sadece aynı düzenlemeden değil, aynı zamanda benzer durumları düzenleyen düzenlemelerden de ortaya çıkabilir. Yokluk durumunun kanun yolunun caizliği ile ilgili olduğu, diğer önemli usuli hatalar durumunun ise bozma sebeplerinin kapsamı ile bir meselesi olduğu doğrudur. Yine yokluk sebeplerinde istinaf mahkemesinin bunu usule ilişkin bir kararla reddettiği, önemli usuli hatalar da ise hükümle reddettiği de isabetlidir. Ancak bununla birlikte içerik açısından aynı sorunun çözüme kavuşturulması gerekir. Sayılan bu farklılıklar daha geniş kapsamda bir itiraz edilebilirlik veya edilemezlik için belirleyici değildir. Eğer daha ağır usul hataları teşkil eden yokluk sebeplerinin reddi kararı itirazı kabil değilse, daha hafif usul hataları teşkil eden diğer usuli hataların reddi kararı da evleviyetle itirazı kabil olmayıp kesindir. İlaveten, evleviyet ilkesi uygulandıktan sonra da, istinaf mahkemesi tarafından reddedilen hatalı hukuki değerlendirmelere karşı temyize başvurulabilir. Çünkü AvMUK m. 503/I ve m. 503/II'deki temyiz nedenleri usule ilişkin hataları ortaya koyar ve usule ilişkin hatalar bakımından kanundan çıkarılan prensipler

¹⁴⁶⁶ **Kuderna, Friedrich**, Der Untersuchungsgrundsatz im Verfahren in Sozialrechtssachen, in: FS 100 Jahre österreichische Sozialversicherung (1989), s. 356 (**Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 45'den naklen). Aynı yönde: **Hollaender**, s. 108-109.

diğer temyiz nedenleri (AvMUK m. 503/IV'deki hatalı hukuki değerlendirmeler gibi) bakımından geçerli olmak zorunda değildir¹⁴⁶⁷.

Fasching'e göre, içtihatlarla, istinaf mahkemesi tarafından varlığı reddedilen ilk derecedeki önemli usuli hataların artık temyizde ileri sürülemeyeceği ve denetlenemeyeceği yönünde kabul edilen temel prensip ne kanundan ne de temyiz yargılamasının amacından ortaya çıkabilir ve bu nedenle de hukuken haklı bir görüş değildir. Bu görüş hukuken değil de en fazla amaca uygunluk ve temyiz mahkemesinin iş yükünün azaltılması gerekçeleri ile ortaya konabilir ki bu da yerinde değildir^{1468/1469}. Yüksek Mahkemenin bakış açısı usuli düzenlemelerde hatalı bir amaçsal sınırlamaya/indirgemeye (*teleologische Reduktion*) dayanmaktadır¹⁴⁷⁰.

Müller'e göre de bir kanun boşluğunun olup olmadığı şüphelidir. Yüksek Mahkeme, ilk derecedeki usuli hataların ne ölçüde temyiz mahkemesince dikkate alınacağını belirli olmadığını belirterek AvMUK m. 503/II'deki düzenlemede bir noksanlık (eksiklik) olduğunu ve bunun açık bir kanun boşluğu meydana getirdiğini belirtmektedir¹⁴⁷¹. Ancak bununla beraber Yüksek Mahkeme, itiraz edilen ilk derecedeki usuli hatanın istinaf mahkemesi tarafından haksız bir şekilde reddedilmesinin neden bir temyiz sebebi olarak istinaf yargılamasını hatalı hale getirmediğini gerekçelendirmemektedir. Yine Yüksek Mahkeme, somut bir şekilde neden bir boşluk olduğunu ortaya koymaktan ziyade basitçe ilgili kanuni düzenlemede eksiklik olduğunu varsayarak hareket etmektedir. Yüksek Mahkemenin bir kanun boşluğu bulunduğuna yönelik keşfi, daha çok Yüksek Mahkemenin iş yükünün azaltılmasına yönelik hukuk politikası arzusuna dayanmaktadır. Böyle bir boşluğun var olduğunu varsayarak da bunun sadece gerçek olmayan (örtülü/gizli) bir boşluk olabileceği belirtilmelidir. Çünkü söz konusu düzenleme herhangi bir tamamlama olmaksızın uygulanabilir niteliktedir. Böyle bir boşluk eşitlik ilkesine uyulmasını gerektirir. Bu da yokluk sebepleri ile basit usuli hataların farklı şekilde ele alınması

¹⁴⁶⁷ **Ballon**, Verfahrensmängeln, s. 24; OGH 26.09.1989, 10 ObS 236/89.

¹⁴⁶⁸ **Fasching**, Lehrbuch, s. 947-948, Kn. 1909.

¹⁴⁶⁹ *Zechner*, *Fasching*'in bu yaklaşımının isabetli olmadığını belirtmektedir. *Zechner*'e göre, temyiz kanun yoluna başvuruda kademeli olarak salt izin sistemine geçilmesi, kıyasa başvurulmasının gerekçelendirilmesine ve dolayısıyla da evleviyet ilkesi ile Yüksek Mahkemenin kabul ettiği sonuca daha fazla destek sağlamıştır. Temyiz sistemine ilişkin reform gereği (özellikle de WGN 1997 reformu), bir yandan temyiz iş yükü azaltılmalı öte yandan istinafın değeri yükseltilmeli (iyileştirilmeli) dir. Kanun koyucu, Yüksek Mahkeme üyelerinin iş yükünün azaltılmasını zaten uzun zamandan beri amaç olarak kabul etmiştir (**Zechner**, in: *Fasching/Konecny*, § 503, Kn. 51).

¹⁴⁷⁰ **Fasching, Hans W.**, Zur Auslegung der Zivilverfahrensgesetze, JBl 1990, s. 751 vd.

¹⁴⁷¹ OGH 26.09.1989, 10 ObS 236/89.

durumunda eşitlik ilkesi ihlalinin nasıl gerçekleşeceği sorusunu gündeme getirir. Yokluk sebepleri ile basit usul hatalarına karşı farklı muamele edilmesi eşitlik ilkesinin ihlal etmez. Çünkü bunlar eşit olmayan (farklı) kardeşler (*ungleiche Geschwister*) dir. Yüksek Mahkeme henüz bu sorunu da ele almamıştır. Ayrıca *Müller*'e göre, yokluk sebepleri ile usuli hatalar arasında büyük/küçük (daha ağır/daha basit) ilişkisi olmak zorunda değildir. Bu nedenle de AvMUK m. 519/I benzer bir düzenlemeyi ortaya koymaz. Ancak evleviyet ilkesinin uygulanabilmesi için bu vazgeçilmez bir ön koşuldur¹⁴⁷². Aksi yönde olan *Zechner*'e göre, yokluk sebepleri ile basit usuli hatalar arasında değerler hiyerarşisi mevcuttur. Hâkimin önceden yapmış olduğu delil değerlendirmesine dayanan dava malzemesinin toplanmasındaki eksiklikler, hukuki dinlenilme hakkının ihlalinden ya da yasaklı bir hâkimin karara katılmasından daha önemli değildir. İlk derecedeki yokluk sebepleri istinaf mahkemesi tarafından reddedilse -bu ret haksız olsa dahi- temyiz mahkemesi bunları denetleyemez. O halde ilk derecedeki daha basit usul hataları istinaf mahkemesi tarafından haksız bir şekilde reddedilirse, temyiz mahkemesinin bunları evleviyetle denetleyememesi gerekir. Esas itibarıyla *Zechner*'in bakış açısına göre Yüksek Mahkeme tarafından evleviyet ilkesinin uygulanması için öne sürülen argümanlar öğreti tarafından şu ana kadar geçersiz kılınmamıştır¹⁴⁷³.

İstinaf mahkemesince varlığı reddedilen ilk derecedeki usuli hataların temyiz mahkemesince denetlenemeyeceğine dair temel prensibin bazı istinasları mevcuttur. Buna göre, istinaf mahkemesi usul kanunlarını hatalı uygulamasının sonucu olarak ilk derecede usuli hataların var olduğuna yönelik itirazı ele almazsa veya eksik bir şekilde ele alırsa yahut bu itirazı dava dosyasına aykırı bir temelde reddederse, istinaf yargılaması AvMUK m. 503/II anlamında hatalı hale gelir ve buna karşı temyize başvurulabilir ve temyiz mahkemesi ilk derecedeki usuli hataları dikkate alabilir¹⁴⁷⁴.

Yine istinaf mahkemesi, itiraz edilen ilk derecedeki usuli hataları, hatalı maddi hukuk değerlendirmesi nedeniyle dikkate almamışsa, ki bu halde tespitte eksiklikler söz konusu olur, ilk derecedeki usuli hataları hatalı hukuk değerlendirmesi itirazı ile birlikte temyiz

¹⁴⁷² **Müller, Rudolf**, Wichtige Verfahrensfragen der Sozialgerichtsbarkeit in Leistungsstreitverfahren, DRdA 1997, s. 459-461. Benzer yönde **Hoyer**, s. 48 vd.

¹⁴⁷³ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 48.

¹⁴⁷⁴ **Rechberger/Simotta**, s. 642-643, Kn. 1116; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 9; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 35-36; **Ballon**, Verfahrensmängel, s. 20; **Buchegger**, in: Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, s. 409; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 18; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E36 ve E40; OGH 16.09.2008, 1 Ob 170/08v; OGH 20.11.2018, 10 ObS 118/18b; OGH 22.10.2019, 5 Ob 154/19m; RIS-Justiz RS0043086; RIS-Justiz RS0043144.

mahkemesinde ileri sürülebilir¹⁴⁷⁵. Aynı durum, istinaf mahkemesinin hatalı maddi hukuk değerlendirmesi nedeniyle ilk derecede hata olduğuna yönelik itirazı açıkça reddetmesi halinde de geçerlidir. Yani bu ihtimalde de ilk derecedeki usuli hatalara karşı temyizde AvMUK m. 503/IV (hatalı hukuki değerlendirme) ile birlikte itiraz edilebilir¹⁴⁷⁶.

İlaveten, istinaf mahkemesi, ilk derecedeki usuli hataya karşı yapılan itirazı kabul edilemez (dahası savunulmaz) bir hukuki gerekçeyle reddederse, ilk derecedeki usuli hatalar temyiz mahkemesince denetlenebilir. Savunulamaz hukuki gerekçe, istinaf mahkemesinin, usuli hata itirazını sadece sözde (görünürde) bir gerekçe (*Scheinbegründung*) ile reddetmesi ve bu nedenle aslında konuyla hiç ilgilenmemesi veya her türlü takdir marjından yoksun bariz bir şekilde savunulmaz gerekçelendirme ile ilk derecedeki usuli hataları reddetmesi halinde söz konusu olur¹⁴⁷⁷.

Son olarak, re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu uyuşmazlıklarda, istinaf mahkemesince reddedilen ilk derecedeki usuli hatalar temyiz mahkemesince dikkate alınabilir^{1478/1479}.

¹⁴⁷⁵ **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 10; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 39; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E43; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 18; OGH 24.10.2000, 4 Ob 233/00v; RIS-Justiz RS0043170.

¹⁴⁷⁶ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 39; OGH 26.02.1996, 4 Ob 1007/96; OGH 12.08.1998, 4 Ob 194/98b; OGH 09.11.2000, 2 Ob 231/99f.

¹⁴⁷⁷ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 35; OGH 11.05.2012, 4 Ob 85/12x; OGH 11.09.2007, 1 Ob 159/07z; OGH 04.08.2010, 3 Ob 85/10m; OGH 14.07.1994, 8 Ob 530/94.

¹⁴⁷⁸ **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 9; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E44; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 37; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 18; OGH 28.03.2000, 5 Ob 60/00k; RIS-Justiz RS0043137. Aksi yönde olan *Ballon*'a göre, Yüksek Mahkemenin, re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu uyuşmazlıklarda istinaf mahkemesinin ilk derecedeki yokluk sebeplerinin reddine yönelik kararını itiraz edilemez kesin karar olarak kabul emesine rağmen, aynı uyuşmazlıklarda istinaf mahkemesince reddedilen ilk derecedeki usuli hataların temyiz mahkemesince denetleyebileceğine yönelik yaklaşımı yerinde değildir. Bu, bir değerlendirme çelişkisi yaratmakta ve Yüksek Mahkemenin evleviyet ilkesini tutarsız bir şekilde uyguladığını ortaya koymaktadır (**Ballon**, Verfahrensmängeln, s. 25).

¹⁴⁷⁹ **Neumayr**'a göre, Yüksek Mahkeme, bu istisnalarla ilk derecedeki usuli hatalara ilişkin istinaf mahkemesinin hukuken bariz hatalı değerlendirmelerini düzeltmeye çok hazır olduğundan, ilk derecedeki usuli hataların temyize elverişlilik sınırlarını belirlemek oldukça zordur (**Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 19). *Trenker*'e göre, Yüksek Mahkeme, istinaf mahkemesince reddedilen ilk derecedeki usuli hataların temyiz mahkemesince denetlenemeyeceğine ilişkin temel prensibine yönelik istisnaları tutarsız bir şekilde yorumlamak ve ilk derecedeki usuli hataları dikkate alıp almamak noktasında kendisine önemli bir takdir marjı bırakmaktadır. Böyle bir sistem sadece hukuk devleti düşüncesi ile ilgili endişeler uyandırmakla kalmayıp, şüphesiz Avusturya kanun yollarına ilişkin pozitif düzenlemelerine yabancısıdır. Ayrıca *Trenker*, bu eleştirilerinin, özellikle de somut olay adaletini sağlamak için takdire şayan bir şekilde, kabul edilen istisnalara yönelik olmadığını, daha ziyade Yüksek Mahkemenin temel prensibini gözden geçirme ihtiyacına bir temel teşkil ettiğini belirtmektedir (**Trenker**, s. 762-763).

D. Dava Dosyasına Aykırılık

İstinaf mahkemesi hükmünün önemli bir husustaki fiili (maddi) dayanağının birinci veya ikinci derece dava dosyaları ile çelişmesi bir temyiz sebebidir (AvMUK m. 503/III). Dava dosyasına aykırılık, genel olarak, dava dosyasının içeriği ile bu içeriğe dayanan karardaki önemli vakıa tespitleri arasında bir çelişkinin bulunması halinde söz konusu olur. Hâkimin değer hükmünün sonucu olarak bir vakıa tespitinin gerçekleştirilmesi ise dava dosyasına aykırılık teşkil etmez¹⁴⁸⁰. Mahkemenin yapmış olduğu tespitler, delil sonucunun hatalı bir şekilde gösterilmesi (sunulması) veya şekil ihlali nedeniyle dava dosyasına aykırı bir temele dayanıyorsa dava dosyasına aykırılık meydana gelir¹⁴⁸¹.

Dava dosyasına aykırılık, dava dosyasından kendiliğinden anlaşılabilir olmalıdır¹⁴⁸². İlâveten bu aykırılık, hüküm bakımından önemli ve dolayısıyla kararın temelini değiştirmeye elverişli ise bir temyiz sebebi olarak ileri sürülebilir¹⁴⁸³. Dava dosyasına aykırılık temyiz mahkemesince re'sen dikkate alınamadığı için, temyiz başvurusu tarafından kanun yolu başvurusunda ileri sürülmelidir¹⁴⁸⁴.

Maruf ve meşhur vakıaların, tecrübe kurallarının ve mahkemece bilinen olayların hükme dayanarak olarak kullanılması için ispat edilmesi gerekmez. Bu hususların delil ikamesi olmaksızın dikkate alınması dava dosyasına aykırılık teşkil etmez¹⁴⁸⁵. Bununla beraber, bir vakıa tecrübe kuralına dayanılarak tespit edilmişse ve bu tecrübe kuralı ile yapılan vakıa tespiti arasında bir çelişki söz konusu ise, dava dosyasına aykırılık meydana gelir¹⁴⁸⁶. Mahkeme, ikrar edilen bir vakıayı hiç dikkate almamışsa veya yanlış bir şekilde dikkate almışsa dava dosyasına

¹⁴⁸⁰ **Fasching**, Lehrbuch, s. 895, Kn. 1771; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 159 ve 163; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 20; **Fucik/Klausner/Kloiber**, ZPR, § 503, s. 514; RIS-Justiz RS0043347; RIS-Justiz RS0043277.

¹⁴⁸¹ **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 17; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E126; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 159; RIS-Justiz RS0043421; RIS-Justiz RS0043203.

¹⁴⁸² **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 159; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 17; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 20; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E123; RIS-Justiz RS0043421.

¹⁴⁸³ **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 21; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E122 ve E127; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 17; **Fucik/Klausner/Kloiber**, ZPR, § 503, s. 514; OGH 22.10.2002, 10 Obs 228/02f; RIS-Justiz RS0043265.

¹⁴⁸⁴ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 179; **Deixler-Hübner/Klicka**, Zivilverfahren, s. 222; RIS-Justiz RS0043394.

¹⁴⁸⁵ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 161; OGH 07.08.1992, 3 Ob 552/92.

¹⁴⁸⁶ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 161; RIS-Justiz RS0043276.

aykırılık söz konusu olur¹⁴⁸⁷. Buna karşılık mahkeme kanuni bir karineyi hiç dikkate almamışsa veya yanlış bir şekilde dikkate almışsa hatalı hukuki değerlendirme söz konusu olur¹⁴⁸⁸.

Mahkemenin muhtemel (olası) bir tespiti gerçekleştirmemesi¹⁴⁸⁹ veya ispat edilen bir vakıadan sonuç çıkarmak suretiyle bir tespitte bulunması¹⁴⁹⁰ veya bir tespitin sadece kabul edilen bir delille çelişmesi¹⁴⁹¹ dava dosyasına aykırılık teşkil etmez¹⁴⁹². Buna karşılık, mahkemenin yapmış olduğu bir vakıa tespitinin hiçbir ispat temeli yoksa dava dosyasına aykırılık gerçekleşir¹⁴⁹³. Mahkemenin sonuç çıkarmak suretiyle (*durch Schlussfolgerungen*) yapmış olduğu fiili tespitler (özellikle de bir bilirkişi raporundan yapılan çıkarımlar), hatalı bir yargılamaya veya mantık kuralına aykırılığa dayandığı için hatalı ise, bunlara karşı hatalı yargılama (AvMUK m. 503/II) veya hatalı hukuki değerlendirme (AvMUK m. 503/IV) sebebine dayanılarak itiraz edilebilir¹⁴⁹⁴.

Dava dosyasına aykırılık ile delil değerlendirilmesinin birbirinden farklıdır. Kural olarak hatalı delil değerlendirmesi ve hatalı vakıa tespiti bir temyiz sebebi teşkil etmez¹⁴⁹⁵. Dava dosyasının içeriği ve buna dayanan mahkeme kararındaki önemli vakıa tespitleri arasındaki çelişki, hatalı bir aktarım olayından değil, dava dosyasında bulunan vakıalar temelinden çıkarılan sonuçlardan kaynaklanıyorsa dava dosyasına aykırılık söz konusu olmaz. Bu husus, hâkimin temyiz edilemez bir delil değerlendirmesi işlemidir¹⁴⁹⁶. Bu yüzden, delil sonucuna göre muhtemel (olası) başka bir vakıanın tespit edilmemesi veya gerçekleştirilen bir tespit ile yalnızca bir delil sonucunun çelişmesi veya ispat yargılamasının bir sonucunun göz

¹⁴⁸⁷ **Kralik**, Beweiswürdigung, s. 165; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 160.

¹⁴⁸⁸ **Kralik**, Beweiswürdigung, s. 165.

¹⁴⁸⁹ OGH 07.05.2002, 7Ob113/01w.

¹⁴⁹⁰ RIS-Justiz RS0043256; RIS-Justiz RS0043421.

¹⁴⁹¹ RIS-Justiz RS0043284.

¹⁴⁹² **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 17; **Fasching**, Lehrbuch, s. 896, Kn. 1771; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 20; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 163 ve 172; **Fucik/Klausner/Kloiber**, ZPR, § 503, s. 514; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E128.

¹⁴⁹³ **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 20; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 17; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E133; OGH 21.10.1987, 8 Ob 637/87; OGH 10.08.2006, 2 Ob 66/06d.

¹⁴⁹⁴ **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E131-E132; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 163 ve 174.

¹⁴⁹⁵ **Kralik**, Beweiswürdigung, s. 165; **Fasching**, Lehrbuch, s. 949-950, Kn. 1914; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 172; **Rechberger**, Erfahrungssätzen, s. 116.

¹⁴⁹⁶ **Fasching**, Lehrbuch, s. 949-950, Kn. 1914; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 163 ve 172; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 20; OGH 30.05.1994, 1 Ob 564/94; RIS-Justiz RS0043256.

ardı edilmesi dava dosyasına aykırılık teşkil etmez¹⁴⁹⁷. Yine, delil ikamesine binaen elde edilen hayat olayı resminin tarafların beyanlarından sapması hiçbir zaman dava dosyasına aykırılık teşkil etmez. Bir vakıanın ispat edilmiş olarak kabul edilmesine veya belli tespitlerin yapılamayacağına ilişkin mülahazalar da, dava dosyasına aykırılık değil, delil değerlendirmesi alanına girer¹⁴⁹⁸. Bununla beraber, delil değerlendirmesi dava dosyasına aykırı bir vakıa kabulüne dayanıyorsa, temyiz sebebi olarak dava dosyasına aykırılık söz konusu olur¹⁴⁹⁹.

Dava dosyasına aykırılık her zaman vakıalara ilişkin olduğundan, hukuk kurallarının hatalı bir şekilde sunulması veya isabetsiz bir şekilde değerlendirilmesi veya hatalı bir şekilde uygulanması dava dosyasına aykırılık teşkil etmez. Bunlara karşı hatalı hukuki değerlendirme sebebine (AvMUK m. 503/IV) dayanılarak itiraz edilebilir. İstinaf mahkemesi hatalı hukuki değerlendirmesinin sonucu olarak karar bakımından önemli olan vakıaları tespit etmemişse, vakıa tespitinde eksiklik söz konusu olur ve buna karşı da hatalı hukuki değerlendirme sebebine dayanılarak itiraz edilebilir¹⁵⁰⁰.

İlk derecedeki dava dosyasına aykırılığa karşı istinaf aşamasında itiraz edilmemişse, bu itirazın ilk olarak temyiz aşamasında ileri sürülmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Yerleşik yargı içtihatlarına¹⁵⁰¹ ve öğretideki bir görüşe göre, istinaf aşamasında ileri sürülmeyen ilk derecedeki dava dosyasına aykırılığın ilk defa temyiz aşamasında ileri sürülmesi mümkün değildir. Çünkü ikinci derecede yapılmayan bir itiraz temyiz yargılamasında sonradan yapılamaz¹⁵⁰². Diğer görüşe göre, yerleşik yargı uygulaması sadece ilk derecedeki esas gerekçeye neden olan dava dosyasına aykırılıklar bakımından yerindedir. Ancak, ilk derece mahkemesince dava dosyasına aykırı olarak tespit edilen vakıalar sadece alternatif veya yardımcı gerekçenin ortaya konulmasına hizmet ediyorsa, ilk derecedeki bu dava dosyasına aykırılığa karşı istinaf aşamasında itiraz edilmesine gerek yoktur. Çünkü bu hususlar ilgili karar için nedensellik teşkil etmez. Bununla beraber, istinaf mahkemesi kararını bu vakıalara (alternatif veya yardımcı gerekçenin ortaya konulmasına hizmet eden ve dava dosyasına aykırı

¹⁴⁹⁷ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 172; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 20.

¹⁴⁹⁸ **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 20; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 173.

¹⁴⁹⁹ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 173; OGH 26.07.2006, 3 Ob 241/05w; OGH 24.06.2015, 9 ObA 78/15h; RIS-Justiz RS0007251.

¹⁵⁰⁰ **Fasching**, Lehrbuch, s. 949-950, Kn. 1914; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 175; OGH 25.04.1995, 4 Ob 529/95.

¹⁵⁰¹ OGH 17.12.2013, 10 ObS 152/13w; OGH 25.07.2017, 9Ob38/17d; RIS-Justiz RS0041773.

¹⁵⁰² **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 176; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 21; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 24; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E138.

olarak tespit edilen) dayandırmışsa, buna karşı ilk defa temyiz aşamasında itiraz edilebilir. Zira bu halde ilk derecede dava dosyasına aykırı olarak tespit edilen vakıalar ilk defa karara etki ederler¹⁵⁰³.

E. Hatalı Hukuki Değerlendirmeler

1. Genel Olarak

İstinaf mahkemesi hükmünün uyuşmazlık konusu hakkında hatalı hukuki değerlendirmeye dayanması AvMUK m. 503/IV uyarınca bir temyiz sebebidir. Hatalı hukuki değerlendirme, hukuki meselenin çözümünde hatalı yapılmasıdır. Buradaki hukuki meseleden kastın ne olduğu tartışmalıdır. Yüksek Mahkeme içtihatlarında çoğunlukla buradaki hukuki meselenin maddi hukuk meselesi olduğunu belirtmektedir. Diğer bir ifadeyle, Yüksek Mahkemeye göre, sadece maddi hukuk meselelerinin hatalı değerlendirilmesi AvMUK m. 503/IV anlamında bir temyiz sebebi teşkil eder. Usuli meselelerin hatalı değerlendirilmesine karşı ise yokluk sebepleri (AvMUK m. 503/I) veya diğer önemli usuli hatalar (AvMUK m. 503/II) bağlamında itiraz edilebilir¹⁵⁰⁴. Öğretiye göre ise, AvMUK m. 503/IV anlamında hatalı hukuki değerlendirmeden kasıt, karar bakımından önemli olan maddi veya usuli meselelerin hatalı değerlendirilmesidir. Nitekim AvMUK m. 503/IV’de de uyuşmazlık konusu hakkında hatalı hukuki değerlendirme yapılması bir temyiz sebebi olarak düzenlenmiştir. Buradaki uyuşmazlık konusu mesele maddi hukuka ilişkin olabileceği gibi usul hukukuna ilişkin de olabilir. İstinaf mahkemesinin kararı usul hukukuna ilişkin normlara dayanıyorsa ve mahkeme bu normları hatalı uygulamışsa, uyuşmazlık konusu hakkında hatalı hukuki değerlendirme sebebi gerçekleşmiş olur. Örneğin, mahkeme, yokluk veya yargılamanın yenilenmesi davasının şartlarının meydana gelip gelmediğine ilişkin kararını usuli kurallara dayandırır ve mahkemenin bu hususta hatalı hukuki değerlendirme yapması AvMUK m. 503/IV bağlamında bir temyiz sebebi teşkil eder¹⁵⁰⁵. İlaveten, istinaf mahkemesi usul hukukuna ilişkin bir hata

¹⁵⁰³ **Fasching**, Lehrbuch, s. 949, Kn. 1913. *Fasching*’i takiben *Rechberger/Simotta*’ya göre de, istinaf hükmünün hatalı olmasına neden olan ve istinaf aşamasında itiraz edilmeyen ilk derecedeki dava dosyasına aykırılık da temyiz aşamasında ileri sürülebilir. **Rechberger/Simotta**, s. 642-643, Kn. 1116.

¹⁵⁰⁴ OGH 28.05.1991, 4 Ob 169/90; OGH 16.04.2013, 10 ObS 46/13g; RIS-Justiz RS0043343; RIS-Justiz RS0128767.

¹⁵⁰⁵ **Bajons**, Verfahrensverstoß, s. 631; **Fasching**, Lehrbuch, s. 950-951, Kn. 1917; **Rechberger/Simotta**, s. 645-645, Kn. 1118; **Kodek**, in: *Rechberger Kommentar zur ZPO*, § 503, Kn. 24; **Kodek**, Zak 2020, s. 30; **Kodek/Mayr**, s. 335, Kn. 961; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E147 ve E150; **Trenker**, s. 767-768; **Fucik/Klausner/Kloiber**, ZPR, § 503, s. 514. Karş. **Zechner**, in: *Fasching/Konecny*, § 503, Kn. 194-196.

nedeniyle yanlış bir maddi hukuk uygulaması gerçekleştirmişse, hatalı hukuki değerlendirme söz konusu olur¹⁵⁰⁶.

Temyiz sebebi olarak hatalı hukuki değerlendirme, esas itibariyle, tespit edilen vakıaların hukukten hatalı değerlendirilmesi halinde söz konusu olur¹⁵⁰⁷. Bu noktada, ilgili hukuk kuralının tespitinde hata yapılması nedeniyle yanlış bir hukuk kuralının uygulanması (söz gelimi yürürlükten kalkmış bir hukuk kuralının uygulanması), ilgili hukuk kuralının uygulanmasında (hukuk kuralının yorumunda veya atlama faaliyetinde) hata yapılması nedeniyle hukuk kuralının yanlış uygulanması veya hukuki sonucun isabetsiz bir şekilde tespiti hatalı hukuki değerlendirme teşkil eder¹⁵⁰⁸. Bu bağlamda denetlenebilir hukuk kuralları, kanunlar, kanun hükmünde kararname, yönetmelikler ve doğrudan uygulanabilir uluslararası sözleşmelerdir. Bu hukuk kurallarının federal hukuka mı yoksa eyalet hukukuna mı ilişkin olduğu yahut kamu hukukuna mı yoksa özel hukuka mı ait olduğu önemsizdir. İlave olarak örf ve adet hukuku kuralları ile tarafların sözleşmeyle belirledikleri kuralların yorumu da bu kapsamda yer alır. Yine tarafların irade serbestisi ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yapmış oldukları hukuki işlemlerin hukuki değerlendirmesi de temyiz mahkemesince denetlenebilir¹⁵⁰⁹.

Bir hukuk kuralının uygulanmasında ve yorumunda başvuru dil kuralları (*Sprachregeln*), düşün kanunları (zorunlu mantık kuralları) ve tecrübe kuralları da hukuk kuralları gibi değerlendirilir. Yani, bir hukuk kuralının yorumunda ve uygulanmasında göz önünde bulundurulması gereken dil kurallarının, düşün kanunlarının veya tecrübe kurallarının dikkate alınmaması veya hatalı uygulanması temyiz mahkemesinde denetlenebilir bir hatalı hukuki değerlendirme teşkil eder¹⁵¹⁰. Vakıa tespitlerinde ve delil değerlendirmesinde kullanılan tecrübe kurallarına aykırılık ise temyiz mahkemesince denetlenemez¹⁵¹¹. Buna karşılık, vakıa

¹⁵⁰⁶ **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E151.

¹⁵⁰⁷ **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 22; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E143; RIS-Justiz RS0043312.

¹⁵⁰⁸ **Buchegger, Walter**, Der Rechtsmittelgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung, ÖJZ 1983, s. 649; **Fasching**, Lehrbuch, s. 952, Kn. 1918; **Rechberger/Simotta**, s. 624, Kn. 1094 ve s. 645, Kn. 1118; **Deixler-Hübner/Klicka**, Zivilverfahren, s. 222.

¹⁵⁰⁹ **Fasching**, Lehrbuch, s. 952, Kn. 1919; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 184.

¹⁵¹⁰ **Kralik**, Beweiswürdigung, s. 166; **Rechberger**, Erfahrungssätzen, s. 114; **Fasching**, Lehrbuch, s. 952-953, Kn. 1920-1921; **Fasching**, Probleme des Revisionsverfahrens, s. 17; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 26; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E154/1; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 185.

¹⁵¹¹ **Rechberger**, Erfahrungssätzen, s. 116-118; **Fasching**, Lehrbuch, s. 953, Kn. 1921; **Fasching**, Probleme des Revisionsverfahrens, s. 17; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 185; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E162.

tespitlerinde ve delil değerlendirmesinde dil kurallarına ve mantık kurallarına aykırılık temyiz mahkemesince denetlenebilir. Bu durum, hâkimin delil değerlendirmesi sonucunda yapmış olduğu tespitin mantıksal olarak mümkün olmaması halinde söz konusu olur¹⁵¹². Yüksek Mahkemeye göre, hukuki itiraz ile (AvMUK m. 503/IV) fiili (maddi) tespitlere, ancak mantık ve tecrübe kuralları ile bağdaşmayan sonuçlara dayandıkları sürece itiraz edilebilir. Düşün kanunlarının ihlali, hâkimin çıkarımının mantıksal olarak imkansız olması halinde söz konusu olur¹⁵¹³. Bu bağlamda söz gelimi, bilirkişi tarafından yapılan ve mahkemece kabul edilen fiili tespitler kural olarak temyiz mahkemesince denetlenemez. Fakat bu tespitler mantık veya dil kuralları ile bağdaşmayan sonuçlara dayanıyorsa temyiz mahkemesince denetlenebilir¹⁵¹⁴. Yine hesap hataları da temyiz mahkemesince hatalı hukuki değerlendirmeler kapsamında denetlenebilirler¹⁵¹⁵.

Bir temyiz sebebi olarak hatalı hukuki değerlendirmeler, esasen vakıa tespitlerine yönelik olmayıp, tespit edilen vakıalar hakkında yapılan hukuki değerlendirmelere yöneliktir. Bununla beraber, istinaf mahkemesinin hatalı hukuki değerlendirmesi nedeniyle vakıa tespitlerini eksik gerçekleştirilmesi de (AvMUK m. 496/I, 3) hatalı hukuki değerlendirmeler kapsamında bir temyiz sebebi teşkil eder (AvMUK m. 503/IV)¹⁵¹⁶. Bu halde, uyuşmazlık konusu meselenin nihai bir hukuki değerlendirmesi için gerekli olan ve karar bakımından önemli olan vakıaların tamamının tespit edilmemesi söz konusudur¹⁵¹⁷.

İlk derece veya ikinci derece hükmünden sonra hukuki durumda meydana gelen değişiklikler kural olarak re'sen dikkate alınır. Bu konuda öncelikle somut olay bakımından kararı etkileyen hukuki durum değişikliğine ilişkin geçiş hükümlerinin düzenlenip

¹⁵¹² **Fasching**, Lehrbuch, s. 952-953, Kn. 1920; **Fasching**, Probleme des Revisionsverfahrens, s. 17; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 26; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E163; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 26. Farklı yönde bkz. **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 186-187.

¹⁵¹³ OGH 30.01.2019, 7 Ob 11/19x; RIS-Justiz RS0043356.

¹⁵¹⁴ **Fasching**, Lehrbuch, s. 955-956, Kn. 1926; **Fasching**, Probleme des Revisionsverfahrens, s. 17-18; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 26; RIS-Justiz RS0043168, RIS-Justiz RS0043404. **Zechner**'e göre ise, istinaf mahkemesinin bilirkişi raporuna dayanarak kabul ettiği hayat olayı mantık kuralları ile çelişiyorsa, istinaf mahkemesi hükmü temyiz edilebilir bir gerekçelendirme hatasına (AvMUK m. 503/II) dayanır (**Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 223).

¹⁵¹⁵ **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 26; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E165; RIS-Justiz RS0043706.

¹⁵¹⁶ **Fasching**, Lehrbuch, s. 947, Kn. 1908; **Rechberger/Simotta**, s. 645, Kn. 1118; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 197; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 25; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 28; RIS-Justiz RS0043304.

¹⁵¹⁷ **Fasching**, Lehrbuch, s. 947, Kn. 1908; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 197; RIS-Justiz RS0043327.

düzenlemediği kontrol edilmelidir. Şayet geçiş hükümleri düzenlenmişse, bu düzenlemeye göre hangi normun uygulanması gerektiği dikkate alınır. Aksi takdirde (geçiş hükümleri düzenlenmemişse) değişiklik yapılan normun niteliğine göre hareket edilir. Yani yapılan değişiklik emredici hukuk kuralına ilişkin ise bu re'sen dikkate alınır ve bu değişikliğe göre karar verilir¹⁵¹⁸. Ancak değişiklik yedek hukuk kuralına ilişkin ise, bu değişiklik sadece tarafların açık iradelerine aykırı düşmediği ölçüde re'sen dikkate alınır ve uygulanır¹⁵¹⁹. Bununla beraber, ilk derecedeki sözlü duruşmanın bitiminden sonra hukuki bir hak doğuran vakıaların (irade beyanları gibi) meydana gelişi, değiştirilmesi veya iptali, yeni dava malzemesi getirme yasağı nedeniyle, temyiz mahkemesince dikkate alınmaz¹⁵²⁰.

Temyiz mahkemesinin hatalı hukuki değerlendirmeler sebebi uyarınca denetim yapabilmesi için, bu hususun taraflarca açıkça ileri sürülmesi gerekir. Dolayısıyla temyiz mahkemesinin tarafların bu hususta talebi olmaksızın hukuka aykırılıkları re'sen dikkate alması caiz değildir¹⁵²¹.

2. Yabancı Hukuka Aykırılık

Ulusal hukuk kuralları gibi yabancı hukuk kuralları da hukuki değerlendirmeye tabidir. Avusturya hukukunda yabancı hukukun tespiti (*Ermittlung*) ve uygulanması (*Anwendung*) bir fiili (maddi) mesele olarak değil, temyiz edilebilir bir hukuki mesele olarak kabul edilir¹⁵²².

Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'na (AvMÖHK) göre, yabancı hukuk re'sen ve asıl uygulama alanında olduğu gibi uygulanır (AvMÖHK m. 3). Yabancı hukuk re'sen tespit edilir. Yabancı hukukun tespiti konusunda caiz olan yardımcı araçlar, tarafların katılımı, Federal Adalet Bakanlığı'nda alınan bilgiler ve bilirkişi raporlarıdır (AvMÖHK m. 4/I). İlâveten hâkim, Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesini de

¹⁵¹⁸ **Fasching**, Lehrbuch, s. 956, Kn. 1927; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 204; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 29; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 31; RIS-Justiz RS0031419; RIS-Justiz RS0106868.

¹⁵¹⁹ **Fasching**, Lehrbuch, s. 956, Kn. 1927; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 29; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 31. Yedek hukuk kurallarında yapılan değişikliğin kanun yolu mahkemesi kararını etkilemediği yönünde bkz. **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 204.

¹⁵²⁰ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 204; **Fasching**, Lehrbuch, s. 956-957, Kn. 1927.

¹⁵²¹ **Fasching**, Lehrbuch, s. 957, Kn. 1928; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 189; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 25; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 27.

¹⁵²² **Kralik**, Das fremde Recht, s. 297 vd.; **Fasching**, Lehrbuch, s. 952, Kn. 1919; **Fasching**, Probleme des Revisionsverfahrens, s. 15-16; **Rechberger**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 271, Kn. 5; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 502, Kn. 22; **Delle-Karth**, s. 24; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 502, Kn. 48-53.

kullanabilir¹⁵²³. Bu bağlamda hâkimin yabancı hukuku tespit için yapmış olduğu faaliyet (söz gelimi bilirkişi raporunun alınması) teknik anlamada bir delil ikamesi faaliyeti değildir. Zira bu halde bir vakıanın (fiili meselenin) değil, hukuk kuralının tespiti söz konusudur¹⁵²⁴.

Yabancı hukukun alt derece mahkemelerince hatalı veya eksik tespit edilmesi özel bir usuli hata teşkil eder ve hatalı hukuki değerlendirme kapsamında buna karşı itiraz edilebilir. Bu halde temyiz mahkemesi bozma kararı vererek dosyayı alt derece mahkemesine gönderir¹⁵²⁵.

Alt derece mahkemelerince yabancı hukukun hatalı bir şekilde uygulanması da (söz gelimi yabancı hukukun hatalı bir şekilde yorumlanması) AvMUK m. 503/IV kapsamında hatalı bir hukuki değerlendirme teşkil eder. Taraflarca bu hususun ileri sürülmesi halinde yabancı hukuk temyiz mahkemesince re'sen uygulanır (AvMÖHK m. 3)¹⁵²⁶.

3. Fiili - Hukuki - Karma Mesele Ayrımı

Fiili mesele – hukuki mesele ayrımı temyiz yargılaması bakımından belirleyici bir öneme sahiptir. Zira Yüksek Mahkeme bir vakıa mahkemesi değildir ve bu nedenle de fiili meseleler prensip olarak onun denetim yetkisine dahil değildir¹⁵²⁷. Fiili mesele – hukuki mesele ayrımına ilişkin usul kanununda herhangi bir düzenleme mevcut değildir ve bu ayrım kimi hallerde oldukça güçtür. Öğreti ve Yüksek Mahkemeye göre hukuki mesele, ilgili hukuk normunun uygulanmasını, bu uygulama için gerekli olan tecrübe kurallarını (düşün kanunları da dahil), genel hukuk kavramlarını ve tespit edilen vakılardan elde edilen tüm hukuki çıkarımları ve sonuçları (söz gelimi bir kusurun, hatanın, önemli bir eksikliğin, önemli bir sebebin var olduğuna ilişkin değer hükmünü) içerir. Fiili mesele ise, bir vakıanın meydana gelip

¹⁵²³ **Rechberger**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 271, Kn. 2.

¹⁵²⁴ **Kralik**, Das fremde Recht, s. 307; **Rechberger**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 271, Kn. 1.

¹⁵²⁵ **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E165/1; OGH 25.05.2004, 5 Ob 111/04s; OGH 20.09.2017, 3 Ob 104/17s; RIS-Justiz RS0116580. *Zechner* ve *Delle-Karth*'a göre, yabancı hukukun eksik tespit edilmesi hatalı hukuki değerlendirme değil, usuli hata teşkil eder ve bu halde bozma kararı verilerek dosyanın alt derece mahkemesine gönderilmesi gerekir (**Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 502, Kn. 53; **Delle-Karth**, s. 24).

¹⁵²⁶ **Fasching**, Lehrbuch, s. 952, Kn. 1919; **Kralik**, Das fremde Recht, s. 305; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 201; **Rechberger**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 271, Kn. 5.

¹⁵²⁷ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 205; **Fasching**, Lehrbuch, s. 953, Kn. 1922; **Rechberger/Simotta**, s. 644, Kn. 1117; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 498, Kn. 2; OGH 29.06.1999, 10 ObS 126/99y.

gelmediğine yönelik vakıa tespitlerini, bu tespitleri gerçekleştirmek için yapılan delil değerlendirmesini ve vakıa tespitlerine yönelik bütün sonuç ve çıkarımları kapsar¹⁵²⁸.

Avusturya hukukunda fiili ve hukuki meselenin yanı sıra karma mesele¹⁵²⁹ ayrımı da mevcuttur. Belli bir vakıa sadece hukuki değerlendirmenin objesi değil, bizzat hukuk normunun parçası ise, karma mesele söz konusu olur¹⁵³⁰. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu hukuk normunun dayandığı bir vakıayı sadece bu normun hukuki değerlendirmesinin konusu olarak değil, aynı zamanda bu normun içine yerleşen, bu normun ayrılmaz bir parçası teşkil eden ve bu normu uygulanabilir kılan bir unsur olarak düzenlemişse, karma mesele mevcuttur¹⁵³¹. Hukuki ve fiili meseleler arasında böylesine ayrılamaz bir bağlantı mevcut ise veya fiili mesele bir kenara bırakıldığında hukuk normunun uygulanması imkansız veya faydasız (amaçsız) olacaksa, hukuki itirazla birlikte (AvMUK m. 503/IV) karma mesele bütünüyle temyiz mahkemesinde ileri sürülebilir¹⁵³². Örneğin, aldatma (hile) kastı (*Täuschungsabsicht*) hem hukuki hem de fiili bir kavramdır. Yine, bir binanın yıkıma hazır olup olmadığı, bir daire ve bir iş yeri için tek tip bir kira sözleşmesinin olup olmadığı, ortak bir ev idaresinin mevcut olup olmadığı karma meseledir^{1533/1534}. Bunun dışında, mümkün olduğunca fiili ve hukuki meselelerin birbirinden ayrılması gerekir. Bu bağlamda örneğin, doğal illiyet bağının

¹⁵²⁸ **Holzhammer**, s. 337; **Rechberger/Simotta**, s. 644, Kn. 1117; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 498, Kn. 2; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 498, E17; OGH 18.07.2018, 5Ob66/18v; RIS-Justiz RS0111996. *Fasching*'e göre fiili mesele, küçük önermede yer alan vakıa tespitlerinin meydana gelişinin ve doğruluğunun denetimidir. Büyük önermenin (yani hukuk normunun ve onun genel – soyut unsurlarının) değerlendirilmesi, büyük önermenin küçük önermeye uygulanması ve bu altlama faaliyetine dayanan hukuki sonucun yerindeliliğinin (isabetliliğinin) denetimi (*Schlüssigkeitsprüfung*) ise hukuki meseledir (**Fasching**, Lehrbuch, s. 953, Kn. 1922).

¹⁵²⁹ *gemischte Frage (quaestio mixta)*.

¹⁵³⁰ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 208.

¹⁵³¹ **Fasching**, Lehrbuch, s. 953-954, Kn. 1923; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 498, Kn. 2; RIS-Justiz RS0111996.

¹⁵³² **Holzhammer**, s. 337; **Fasching**, Lehrbuch, s. 953-954, Kn. 1923; **Rechberger/Simotta**, s. 644-645, Kn. 1117; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 208; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 316-317, Kn. 587.

¹⁵³³ **Fasching**, Lehrbuch, s. 953-954, Kn. 1923; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 498, Kn. 5; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 498, E20, E27 ve E28; **Ballon**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, s. 316-317, Kn. 587.

¹⁵³⁴ Öğretideki bir görüşe göre fiili mesele ile hukuki meselenin birbirinden ayrımının kimi hallerde mümkün olmadığı ve bu noktada karma mesele ayrımının yapılması sözde (görünürde) bir problemidir. Zira hukuki meseleler her zaman fiili meselelerden ayrılabilir (**Fasching**, Lehrbuch, s. 953-954, Kn. 1923; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 209). Bu bağlamda söz gelimi, ev idaresine ilişkin fiili eylem ve işlemler ile bunların miktarı (oranı) fiili meseledir. Bu durumun “ev idaresinin ortak yönetimi” olarak nitelendirilmesi ise hukuki meseledir ve bu nedenle de temyiz mahkemesince denetlenebilir (**Fasching**, Lehrbuch, s. 953-954, Kn. 1923).

(*natürliche Kausalität*) tespiti delil değerlendirilmesi alanına girer ve fiili meseledir, yasal illiyet (*juristische Kausalität*) bağının mevcut olup olmadığı ise hukuki meseledir¹⁵³⁵.

Belirsiz hukuk kavramlarının somutlaştırılması hukuki değerlendirmenin bir parçasıdır ve bu somutlaştırma içtihatlar yoluyla gerçekleştirilir¹⁵³⁶. Belirsiz hukuk kavramını doldurmaya hizmet eden değer hükmünün dayandığı vakıaların kabulü ve tespiti fiili meseledir. Bu değer hükmünün hukuk normunun unsurları çerçevesinde yorumlanması ve uygulanması ise hukuki meseledir¹⁵³⁷. Örneğin, bir kişinin hangi eylemleri gerçekleştirdiği ve hangi vakıaları bildiği temyiz edilemez bir fiili meseledir. Ancak bu kişinin bunlardan dolayı iyi niyetli veya dürüst olarak kabul edilmesi hukuki meseledir. Yine bir kişinin ne yaptığı bir vakıa tespitidir, yaptığı bu hareketin iyi niyet kurallarına aykırı olup olmadığı ise hukuki meseledir¹⁵³⁸.

İspat yükü ve ispat yükünün dağılımı her zaman bir hukuki meseledir ve temyiz mahkemesince denetlenebilir¹⁵³⁹. Bir şeyin tespit edilemeyeceğine veya bir tarafın belli bir vakıayı ispat etmediğine yönelik tespit ise fiili meseledir¹⁵⁴⁰. Yine, belli vakıadan başka (hipotetik/varsayımsal) vakıa hakkında çıkarılan sonuç da fiili meseledir¹⁵⁴¹.

Yargı kararları ve öğretide fiili meselelere örnek olarak ayrıca şu hususlar belirtilmektedir; doğrudan delillerle erişilemeyen ve yalnızca dış koşullardan mantıksal sonuçlarla belirlenebilen bir içsel zihin durumunun tespiti, belli vakılardan tarafların niyetine ilişkin çıkarılan sonuç, bir irade beyanının ciddiyetinin tespiti, sözleşme iradesinin tespiti, bir kişinin bir vakıa hakkında bilgisi olduğunun tespiti, hizmetlerin veya edimlerin yerine getirilmesine yönelik talepte bulunma iradesinin varlığı, belli bir ticari teamülün var olup olmadığı meselesi, bir kişinin rekabet niyeti ile hareket edip etmediği. Hukuki meselelere örnek olarak da şu hususlar belirtilmektedir; hukuki işlemlerin değerlendirilmesi, dürüstlük kuralına göre neyin tarafların ortak iradesi olarak anlaşılması gerektiği, bir sözleşmenin mükemmel

¹⁵³⁵ **Fasching**, Lehrbuch, s. 955-956, Kn. 1926; **Rechberger/Simotta**, s. 644-645, Kn. 1117; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 225-227; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 498, Kn. 5.

¹⁵³⁶ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 210; RIS-Justiz RS0113014.

¹⁵³⁷ **Fasching**, Lehrbuch, s. 954-955, Kn. 1924; **Rechberger/Simotta**, s. 644-645, Kn. 1117; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 210-212

¹⁵³⁸ **Fasching**, Lehrbuch, s. 954-955, Kn. 1924; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 230. Belirsiz hukuk kavramlarının tamamlanması ve somutlaştırılmasında başvurulacak tecrübe kurallarına aykırılık da hatalı hukuki değerlendirme kapsamında temyiz mahkemesince denetlenebilir (**Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 498, E88).

¹⁵³⁹ **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 498, Kn. 2; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 498, E85.

¹⁵⁴⁰ **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 498, Kn. 2; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 498, E42.

¹⁵⁴¹ **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 498, E43.

(eksiksiz) olup olmadığı ve ne zaman mükemmel hale geldiği, bir davranıştan iyi niyete veya kötü niyete ilişkin çıkarımda bulunma, acil bir kişisel gereksinim olup olmadığı, tespit edilen fiili koşullara göre bir tarafın konut ihtiyacının karşılanıp karşılanmadığı, bir hayvanın tehlikeli olup olmadığı ve uygun koşullarda tutulup tutulmadığı, şekle aykırılığın bulunup bulunmadığı, zarar miktarının kanuna uygun olarak belirlenmesi, borçlunun aciz halinde olup olmadığının değerlendirilmesi, bir davranışın rekabetçi bir davranış olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği¹⁵⁴².

İrade beyanlarının (özellikle de sözleşmelerin) mevcudiyeti için belirleyici olan vakıalar fiili meseledir. Bu bağlamda tarafların niyeti ve beyanlarında kullandığı kelimeler fiili meseledir. Ancak bunlardan tarafın hile (aldatma) yapıp yapmadığı veya fiil ehliyetine yahut tasarruf ehliyetine sahip olup olmadığı hususunda çıkarılan sonuçlar hukuki meseledir. Yine, fiilen dile getirilen bir anlaşma ifadesi fiili meseledir. Ancak onun objektif kriterlere göre yorumu bir hukuki meseledir^{1543/1544}. Benzer şekilde, yazılı bir belgenin oluşumuna (meydana gelişine) ilişkin haller fiili meseledir. Ayrıca yazılı belge ile ispat edilen vakıaların doğruluğu veya yanlışlığı da fiili meseledir¹⁵⁴⁵. Bununla beraber, yazılı bir belgenin yorumu kural olarak hukuki meseledir. Fakat, yazılı belgenin içeriğini yorumlamak için tarafların niyetleri hakkında temin edilen deliller de kullanılmışsa, bu hukuki değil fiili mesele alanına dahildir^{1546/1547}. İlâveten sözleşmenin taraflarının niyeti bir fiili mesele olduğundan dolayı sözleşmenin taraflarının sözleşme iradesinin içeriği ve kapsamı da fiili meseledir¹⁵⁴⁸.

Fiili meseleler kural olarak temyiz mahkemesince denetlenemez ve temyiz mahkemesi bu hususta alt derece mahkemelerince yapılan tespitlerle bağlıdır. Ancak fiili mesele teşkil eden

¹⁵⁴² **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 498, Kn. 3-4; **Fasching**, Lehrbuch, s. 953-956, Kn. 1922-1926; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 498, E45-E143; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 215-231; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 4.

¹⁵⁴³ **Fasching, Lehrbuch**, s. 955, Kn. 1926; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 215-217.

¹⁵⁴⁴ Diğer bir ifadeyle irade beyanlarının tespiti fiili meseledir ancak bu beyanların yorumu hukuki meseledir (RIS-Justiz RS0017882).

¹⁵⁴⁵ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 218; **Fasching**, Lehrbuch, s. 955, Kn. 1926.

¹⁵⁴⁶ **Rechberger/Simotta**, s. 644-645, Kn. 1117; **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 498, Kn. 4; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 218; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 498, E95-E96; OGH 10.10.1990, 9 ObA 253/90; RIS-Justiz RS0043422; RIS-Justiz RS0017828

¹⁵⁴⁷ Ölümüne bağlı tasarruflar bakımından da aynı hususlar geçerlidir. Yani bunların meydana gelişine ilişkin durumunlar fiili mesele teşkil ederken, bunların yorumu hukuki meseledir (**Fasching**, Lehrbuch, s. 955, Kn. 1926; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 498, E94).

¹⁵⁴⁸ **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 498, Kn. 3-4; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 216; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 4; RIS-Justiz RS0017849; RIS-Justiz RS0043422; RIS-Justiz RS0043409.

hususlarda alt derece mahkemelerince yapılan tespitlerin sonuçları bir usul kuralının hatalı bir şekilde uygulanmasına dayanıyorsa taraflar buna itiraz edebilir. Yani vakıa tespitleri, dava dosyasına aykırı ise veya yokluk sebeplerinden dolayı tam (eksiksiz) olarak ortaya konmamışsa yahut kanuna aykırı bir yargılamanın sonucu gerçekleşmişse, taraflar bu vakıa tespitlerine (fiili meselelere) karşı temyiz aşamasında itiraz edebilirler ve Yüksek Mahkeme bu tespitlerle bağlı değildir¹⁵⁴⁹.

4. İlk Derecedeki Hatalı Hukuki Değerlendirmeler

İlk derece mahkemesince yapılan hatalı hukuki değerlendirmelere karşı istinaf aşamasında itiraz edilmiş ve istinaf mahkemesi bunları gidermemişse, temyiz aşamasında ilk derecedeki bu hatalı hukuki değerlendirmelere karşı itiraz edilebilir¹⁵⁵⁰. Bununla beraber, ilk derecedeki hatalı hukuki değerlendirmelere karşı istinaf aşamasında itiraz edilmemişse, artık bu hatalı hukuki değerlendirmelere karşı ilk defa temyiz aşamasında itiraz edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Yerleşik Yüksek Mahkeme içtihatlarına ve öğretideki bir görüşe göre, istinaf yargılamasında hiç ileri sürülmeyen veya usulüne uygun (gerekçeli) bir şekilde ileri sürülmeyen hukuki itiraz ilk kez temyiz yargılamasında, kural olarak, ileri sürülemez^{1551/1552}.

Öğretideki diğer bir görüşe göre ise, istinaf yargılamasında ileri sürülmeyen hukuk itirazları da ilk defa temyiz aşamasında ileri sürülebilir. Yüksek Mahkemenin aksi yöndeki uygulaması kanuna değil, salt iş yükünün azaltılmasına yönelik gerekçelere dayanmaktadır ve hatalıdır. Zira, hukuki değerlendirme kendi başına asla kesin hükmün konusu olamaz. Usul kanunun hiçbir yerinden “hükümdeki hataların sadece bir sonraki üst derecede dikkate alınabileceğine” dair bir ilke çıkarılamaz. İstinaf mahkemesi hatalı bir hukuki görüşe dayanıyorsa veya ilk derecedeki hukuki değerlendirmeye karşı itiraz edilmediği için hatalı bir hukuki görüşe dayanmak zorunda ise, istinaf mahkemesinin kendisi sonuç olarak hukuken yanlış bir karar vermiştir. AvMUK m. 503/IV’e göre istinaf mahkemesinin hükmünün

¹⁵⁴⁹ **Fasching**, Lehrbuch, s. 945, Kn. 1902.

¹⁵⁵⁰ **Fasching**, Lehrbuch, s. 957-958, Kn. 1930.

¹⁵⁵¹ **Kodek**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO, § 503, Kn. 23; **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 53 ve 191; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 27; **Buchegger**, in: Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer, s. 409; **Fucik/Klauser/Kloiber**, ZPR, § 503, s. 514-515; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E166; OGH 15.12.1987, 10 ObS 124/87; OGH 01.04.2009, 9 Ob 9/08a; OGH 24.10.2018, 8 Ob 119/18k; RIS-Justiz RS0043480; RIS-Justiz RS0043573.

¹⁵⁵² Bu prensip, usulüne uygun bir şekilde hukuki itiraz ileri sürülmemesine rağmen istinaf mahkemesinin hatalı hukuki değerlendirme yapıp yapılmadığını denetlemesi halinde de geçerlidir (**Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E167).

uyuşmazlık konusu mesele hakkında hatalı bir hukuki değerdendirmeye dayanması bir temyiz sebebi olduğu için buna karşı AvMUK m. 503/IV uyarınca itiraz edilebilir¹⁵⁵³.

Yukarıda ifade ettiğimiz yerleşik yargı uygulaması ve öğretimeki ağırlıklı görüşe göre, istinaf yargılamasında ileri sürülmeyen hatalı hukuki değerdendirmelere karşı temyiz aşamasında itiraz edilemeyeceğine ilişkin kural sadece vakıaların istinaf aşamasında değışmemesi ve ilk derece mahkemesince yapılan tespitlerin istinaf mahkemesince kabul edilmesi halinde geçerlidir. Dolısıyla istinaf yargılamasında istinaf hükmünün dayandığı vakıalar önemli ölçüde değışirse, istinaf yargılamasında ileri sürülmeyen hukuki itirazı ilk olarak temyiz aşamasında ileri sürülebilir¹⁵⁵⁴. Bu halde, istinaf mahkemesi başka veya tamamlayıcı tespitler yapmakta ve bu yüzden yeni bir vakıa kompleksini hukuken değerdendirmektedir¹⁵⁵⁵. Diğer bir ifadeyle, istinaf mahkemesince delil ikamesinin tekrarlanması veya tamamlanması nedeniyle hayat olayı resmi önemli bir değışikliği uğramışsa, istinaf aşamasında ileri sürülmeyen hukuki itirazın temyiz aşamasında ileri sürülmesine izin verilir¹⁵⁵⁶.

¹⁵⁵³ **Fasching**, Lehrbuch, s. 957-958, Kn. 1930; **Rechberger/Simotta**, s. 643-644, Kn. 1116.

¹⁵⁵⁴ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 58; **Fucik/Klauser/Kloiber**, ZPR, § 503, s. 514-515; **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E169; OGH 17.05.1990, 7 Ob 580/90; RIS-Justiz RS0043477.

¹⁵⁵⁵ **Zechner**, in: Fasching/Konecny, § 503, Kn. 58.

¹⁵⁵⁶ **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO, § 503, E169; **Fucik/Klauser/Kloiber**, ZPR, § 503, s. 514-515; **Neumayr**, in: Höllwerth/Ziehensack, § 503, Kn. 27; OGH 24.11.1987, 2 Ob 517/87; RIS-Justiz RS0043477.

§ 10 İSVİÇRE HUKUKUNDA İSTİNAF VE TEMYİZ KANUN YOLU SEBEPLERİ VE DENETİMİ

I. İstinaf Sebepleri ve Denetimi

A. Genel Olarak

İsviçre Hukukunda istinaf sebepleri, İFMUK m. 310'da istinaf sebepleri başlığı altında açıkça düzenlenmiştir. İFMUK m. 310'a göre, istinaf kanun yolu ile hukukun hatalı uygulandığı ve/veya hatalı vakıa tespitleri yapıldığı ileri sürülebilir. Bu hüküm ile hem tarafların istinaf yargılamasında hangi caiz itirazları ileri sürülebileceği hem de istinaf mahkemesinin bu istinaf sebepleri yönünden denetim yetkisi (*Überprüfungsbefugnis*) ve ödevi (*Überprüfungspflicht*) düzenlenmektedir¹⁵⁵⁷.

Ancak bununla beraber, İsviçre hukukunda söz konusu düzenleme ile istinaf sebeplerinin tüketici (sınırlı) bir şekilde sayılmadığı ve istinaf mahkemesinin denetim yetkisi ve ödevinin daha geniş kapsamlı olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁵⁸. İsviçre hukukunda istinaf mahkemesi, yapılan denetimin kapsamı bakımından, bir tam kanun yolu olarak nitelendirilmektedir¹⁵⁵⁹. Buna göre, ilk derece yargılamasında ve kararında söz konusu olan bütün hata ve eksikliklere karşı istinaf derecesinde itiraz edilebilir¹⁵⁶⁰. İstinaf mahkemesi de itiraz edilen bütün hataları serbest ve sınırsız bir şekilde denetleme yetkisine ve ödevine sahiptir. İstinaf mahkemesi, geniş kapsamlı denetimine binaen, istinaf yargılamasında ne taraflarca ileri sürülen itirazların içeriğiyle ne de alt derece mahkemesinin gerekçeleri ile bağlıdır¹⁵⁶¹. İstinaf mahkemesi, tarafların itirazlarını farklı gerekçelerle kabul edebileceği gibi

¹⁵⁵⁷ ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 5; Graber, s. 145; Seiler, s. 186, Kn. 428; ZPO Rechtsmittel – Stauber, Art. 310, Kn. 1.

¹⁵⁵⁸ Graber, s. 145; Seiler, s. 204, Kn. 474; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 6; ZPO DIKE – Blickenstorfer, Art. 310, Kn. 2.

¹⁵⁵⁹ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung 2006, s. 7369; Guldener, s. 484-485; Meier, sZPO, s. 453-454; Berti, Einführung, s. 141, Kn. 425; Spühler/Vock, s. 4; Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler, s. 399-400; Seiler, s. 186, Kn. 428; Garber, s. 145-146; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 5; ZPO Rechtsmittel – Stauber, Art. 310, Kn. 2; BSK ZPO – Spühler, Art. 310, Kn. 1; ZPO DIKE – Blickenstorfer, Art. 310, Kn. 1; BK ZPO – Sterchi, Art. 310, Kn. 1.

¹⁵⁶⁰ Guldener, s. 484; Habscheid, s. 451, Kn. 738; Sutter-Somm, s. 101-102; Staehelin/Staehelin/Grolimund – Staehelin/Bachofner, § 26, Kn. 5; KUKO ZPO – Brunner, Art. 310, Kn. 1; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 6; Graber, s. 145; SHK ZPO – Mathys, Art. 310, Kn. 1.

¹⁵⁶¹ Staehelin/Staehelin/Grolimund – Staehelin/Bachofner, § 26, Kn. 5; Seiler, s. 188, Kn. 433; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 6.

ret de edebilir¹⁵⁶². İlk derece yargılamasındaki dava malzemesinin tamamı, hem hukukun uygulanması hem de vakıa tespitleri bakımından, istinaf mahkemesi tarafından serbest bir şekilde denetlenir¹⁵⁶³. Her ne kadar istinaf sebeplerinden her biri dogmatik olarak basit veya açık hatalar (söz gelimi basit veya açık hatalı hukuk uygulaması gibi) olarak birbirinden farklı olabilse de bu durum istinaf yargılaması bakımından önemsizdir¹⁵⁶⁴. İstinaf mahkemesi, fiili (maddi) ve hukuki meseleler yönünden sınırsız bir denetim yetkisine sahiptir^{1565/1566}. Dolayısıyla özetle taraflar, istinaf ile ilk derece mahkemesinin her çeşit ve ağırlıktaki bütün hatalarına karşı itiraz edebilirler ve istinaf mahkemesi de, her çeşit ve ağırlıktaki tüm hataları denetleme yetkisi ve zorunluluğu olan bir tam kanun yolu niteliğini haizdir¹⁵⁶⁷.

Bu bilgiler çerçevesinde istinaf sebepleri, hatalı hukuk uygulaması, hatalı vakıa tespitleri ve takdir yetkisinin yerinde kullanılmaması başlıkları altında ele alınmaktadır¹⁵⁶⁸.

¹⁵⁶² **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 6.

¹⁵⁶³ **BK ZPO – Sterchi**, Art. 310, Kn. 1; **Gasser, Dominik/Rickli, Brigitte**, Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkomentar, 2. Auflg., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 310, Kn. 1; **KUKO ZPO – Brunner**, Art. 310, Kn. 1, 3; **OFK ZPO – Gehri**, Art. 310, Kn. 3; **ZPO DIKE – Blickenstorfer**, Art. 310, Kn. 2; **Stachelin/Stachelin/Grolimund – Stachelin/Bachofner**, § 26, Kn. 5.

¹⁵⁶⁴ **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 6.

¹⁵⁶⁵ BGE 138 III 374, 375 (E. 4.3.1); BGer. 5A_198/2012, 24.08.2012 (E. 4.1).

¹⁵⁶⁶ Bununla beraber istinaf mahkemesi boşanma davalarında, tarafların ortak (anlaşmalı) boşanma talebi bakımından eksik bir kanun yolu olarak yapılandırılmıştır. Zira, ortak boşanma talebi bakımından taraflar sadece irade sakatlıklarına dayanarak istinafa başvurabilirler (İFMUK m. 289). Söz konusu düzenlemenin boşanmanın sonuçları bakımından da geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre taraflarca ortak bir şekilde düzenlenen anlaşmalı boşanmanın sonuçları bakımından da sadece irade sakatlıklarına dayanarak istinafa başvurulabilir. Aksi görüşte olan yazarlara göre ise, ortak kararlaştırılan boşanmanın sonuçları bakımından sınırsız bir şekilde her türlü istinaf sebebine dayanarak istinafa başvurulabilir (**Grabner**, s. 149-151; **Seiler**, s. 135-140; **Spühler/Vock**, s. 21).

¹⁵⁶⁷ **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 6.

¹⁵⁶⁸ **Seiler**, s. 197-205; **SHK ZPO – Mathys**, Art. 310, Kn. 6, 11, 16; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 7, 24, 34. *Guldener* ise şu şekilde tasnif yapmaktadır; 1) Kanun yolu ile itiraz edilebilecek hatalar, kararda hata (*error in iudicando*) ve yargılamada hata (*error in procedendo*) sebeplerine dayandırılabilir. 2) Kararın veya yargılamanın hatalı olması ise mahkemenin, bir hukuk kuralını dikkate almaması veya kuralın anlamını yanlış yorumlaması (hatalı hukuk uygulaması) ya da gerçekleşen vakılardan başka bir vakıadan hareket etmesi (hatalı vakıa tespitleri) sebeplerinden kaynaklanabilir. Hatalı vakıa tespitleri, mahkemenin veya tarafların hatasına dayanabilir. Mahkemenin hatasına dayalı hatalı vakıa tespitleri, mahkemenin vakıa tespitlerine ilişkin hukuk ilkelerini ihlal etmesi veya ikame edilen delili hatalı değerlendirmesi halinde söz konusu olur. Tarafların hatasına dayalı vakıa tespitleri, bir tarafın vakıaları yargılamaya hiç veya usulüne uygun getirmemesi yahut ilgili delillere dayanmaması durumlarında söz konusu olur. 3) Kararda ve yargılamada hatalı hukuk uygulaması ve hatalı vakıa tespitleri olmamakla beraber, kanun yolu mahkemesi bakımından esas alınması gereken hukuki durum (kanun) değişmişse ve bu değişiklikten dolayı kararın düzeltilmesi gerekiyorsa, taraflar buna da dayanabilir (**Guldener**, s. 477-478).

B. Hatalı Hukuk Uygulaması

Taraflar, istinaf kanun yoluna başvurarak, alt derece mahkemesinin hukuku hatalı uyguladığını ileri sürebilirler (İFMUK m. 310/a). Bu bağlamda hukukun hatalı uygulanması, objektif ve genel nitelikte her hukuk kuralının hatalı uygulanmasını kapsar¹⁵⁶⁹. Buna göre¹⁵⁷⁰;

a) Yazılı hukuk kurallarının yanı sıra yazılı olmayan (örf ve adet hukuku, hâkimin hukuku) hukuk kurallarının da hatalı uygulanması bir istinaf sebebidir¹⁵⁷¹.

b) Federal hukukunun hatalı uygulanması; bütün federal hukuk kuralları bu kapsamda yer alır. Federal anayasa, yasa, tüzük ve yönetmeliklerin hatalı uygulanması bir istinaf sebebidir. Bu noktada hukuk kuralının maddi hukuka mı yoksa usul hukukuna mı ilişkin olduğu yahut özel hukuka mı yoksa kamu hukukuna mı dahil olduğu önemsizdir¹⁵⁷².

c) Kantonal ve kantonlararası hukukun hatalı uygulanması; kantonal ve kantonlararası her türlü hukuk kuralının hatalı uygulanması bir istinaf sebebi teşkil eder. Kantonal anayasa, yasa, tüzük ve yönetmelikler ile kantonlararası anlaşmalar bu kapsamda yer alır. Kantonal özel hukukun, kantonal kamu hukukunun veya kantonal usul hukukunun (mahkeme teşkilatı hukukunun) hatalı uygulanması istinaf sebebi olarak ileri sürülebilir¹⁵⁷³.

d) Kamu hukukunun hatalı uygulanması; anayasa, idare veya ceza hukukunun, hukuki uyuşmazlığın değerlendirilmesinde kendisine dayanılmışsa, hatalı uygulanması bir istinaf sebebidir¹⁵⁷⁴.

¹⁵⁶⁹ Spühler/ Vock, s. 20; BK ZPO – Sterchi, Art. 310, Kn. 6; Graber, s. 156; Seiler, s. 197, Kn. 452; OFK ZPO – Gehri, Art. 310, Kn. 1.

¹⁵⁷⁰ Botschaft zur ZPO, s. 7372; Spühler/ Vock, s. 20-21; ZPO DIKE – Blickenstorfer, Art. 310, Kn. 8; Seiler, s. 197, Kn. 452; Graber, s. 156; BK ZPO – Sterchi, Art. 310, Kn. 6; Gasser/Rickli, Art. 310, Kn. 2; BSK ZPO – Spühler, Art. 310, Kn. 1; Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler, s. 409; ZPO Rechtsmittel – Stauber, Art. 310, Kn. 7; Staehelin/Staehelin/Grolimund – Staehelin/Bachofner, § 26, Kn. 5; SHK ZPO – Mathys, Art. 310, Kn. 6-10; OFK ZPO – Gehri, Art. 310, Kn. 1; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 13; KUKO ZPO – Brunner, Art. 310, Kn. 3; Leuenberger/Uffer-Tobler, s. 441, Kn. 12.40; Leuenberger, Christoph, Das Rechtsmittelverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Haftpflichtprozess 2009, Fellmann, Walter/Weber, Stephan (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2009, s. 33.

¹⁵⁷¹ Seiler, s. 197, Kn. 452; BSK ZPO – Spühler, Art. 310, Kn. 1.

¹⁵⁷² Graber, s. 156-157.

¹⁵⁷³ ZPO DIKE – Blickenstorfer, Art. 310, Kn. 14; Spühler/ Vock, s. 21; Graber, s. 159.

¹⁵⁷⁴ BSK ZPO – Spühler, Art. 310, Kn. 4; BK ZPO – Sterchi, Art. 310, Kn. 6; Spühler/ Vock, s. 20.

e) Özel maddi hukukun ve medeni usul hukukun hatalı uygulanması; özel maddi hukuka (medeni, borçlar ve ticaret hukuku gibi) veya medeni usul hukukuna yahut uygulama yönetmeliğine aykırılık da bir istinaf sebebi teşkil eder¹⁵⁷⁵.

f) Milletlerarası özel hukuk, kamu hukuku ve usul hukukunun hatalı uygulanması; milletlerarası özel hukuk veya usul hukuku kuralının hatalı uygulanmasının yanı sıra uluslararası kamu hukukunun da (uluslararası sözleşmelerin ve uluslararası teamül hukukunun) hatalı uygulanması da istinaf sebebi olarak ileri sürülebilir¹⁵⁷⁶.

g) Yabancı hukukun hatalı uygulanması; milletlerarası özel hukuk uyarınca, uygulanması gereken yabancı hukukun tespitinde hata yapılmışsa veya uygulanması gereken yabancı hukuk uygulanmamışsa yahut yanlış uygulanmışsa, bu durum istinaf sebebi olarak ileri sürülebilir¹⁵⁷⁷.

h) Hukuki mesele kapsamında yer alan diğer hususların (örneğin tecrübe kurallarının) hatalı uygulanması da bir istinaf sebebidir¹⁵⁷⁸.

Hukukun uygulanması, uygulanacak hukukun tespitini, yorumunu, altlama faaliyetini ve hukuki sonucun belirlenmesini kapsar¹⁵⁷⁹. Hukukun hatalı uygulanması (daha doğrusu hukuka aykırılık) ise, bir hukuk normunun hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanması halinde söz konusu olur¹⁵⁸⁰. Dolayısıyla hukuk normunun tespitinde, yorumunda, altlama faaliyetinde veya hukuki sonucun belirlenmesinde bu bağlamda bir hata yapılması, hatalı hukuk uygulaması kapsamında bir istinaf sebebi teşkil eder¹⁵⁸¹.

Son olarak istinaf mahkemesi, alt derece mahkemesinin hukuku hatalı uygulayıp uygulamadığını kararını vereceği zamana göre denetler. Çünkü istinaf mahkemesi, alt derece

¹⁵⁷⁵ BK ZPO – Sterchi, Art. 310, Kn. 6; ZPO DIKE – Blickenstorfer, Art. 310, Kn. 12.

¹⁵⁷⁶ ZPO DIKE – Blickenstorfer, Art. 310, Kn. 15; Graber, s. 158; Spühler/ Vock, s. 20.

¹⁵⁷⁷ SHK ZPO – Mathys, Art. 310, Kn. 10; BSK ZPO – Spühler, Art. 310, Kn. 6; Graber, s. 159-160; BK ZPO – Sterchi, Art. 310, Kn. 6; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 17.

¹⁵⁷⁸ BSK ZPO – Spühler, Art. 310, Kn. 1; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 8-9.

¹⁵⁷⁹ ZPO Rechtsmittel – Stauber, Art. 310, Kn. 5; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 7; ZPO DIKE – Blickenstorfer, Art. 310, Kn. 8; Seiler, s. 197-198, Kn. 453.

¹⁵⁸⁰ BK ZPO – Sterchi, Art. 310, Kn. 7; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 12; Seiler, s. 197-198, Kn. 453; ZPO DIKE – Blickenstorfer, Art. 310, Kn. 9; ZPO Rechtsmittel – Stauber, Art. 310, Kn. 7.

¹⁵⁸¹ ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 7, 12; Seiler, s. 197-198, Kn. 453.

mahkemesinin kararının kararın verildiği an itibariyle doğru olup olmadığını değil, söz konusu kararın kendi karar vereceği an bakımından hukuka uygun olup olmadığı denetler¹⁵⁸².

C. Hatalı Vakıa Tespitleri

Mahkeme kararı bakımından en önemli nokta, ilgili vakıaların doğru bir şekilde tespitidir. Bu husus, doğru hukuk kuralının tespiti ve altlama faaliyeti için ön koşuldur. Hukuk uygulaması doğru veya yanlış olabilir. Buna karşılık vakıalar ise gerçek veya gerçektışı olabilir¹⁵⁸³. Mahkeme aracılığıyla gerçekliğin tespiti esas mesele olduğu için, taraflar alt derece mahkemesince yapılan hatalı vakıa tespitlerine İFMUK m. 310/b uyarınca itiraz edebilirler. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi ve yeni dava malzemesi yasağı (İFMUK m. 317) çerçevesinde istinaf mahkemesi, alt derece mahkemesince gerçekleştirilen vakıa tespitleri ile bağlı değildir¹⁵⁸⁴. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin dava malzemesinin tamamını, dolayısıyla bütün vakıaları, yeniden serbestçe ve geniş kapsamlı bir şekilde denetleyebilir¹⁵⁸⁵. Bu bağlamda özellikle şu hallerde hatalı vakıa tespitleri bir istinaf sebebi olarak ileri sürülebilir;

a) İlk derece mahkemesinin kararını dayandırdığı vakıa dava dosyasında usulüne uygun bir şekilde mevcut değilse, hatalı bir vakıa tespiti söz konusu olur¹⁵⁸⁶. Ancak istisnai olarak, herkesçe bilinen veya mahkemenin görevi sebebi bildiği vakıalar dava dosyasında yer almasa bile karara dayanak yapılabilir ve bu husus istinaf sebebi teşkil etmez. Yine, dava dosyasında mevcut olan ve hukuken önemli olan vakıa gözden kaçırılmışsa veya yanlış bir şekilde göz önünde tutulmuşsa¹⁵⁸⁷ (örneğin, tanığın ifade tutanağındaki metni veya senet metni anlamlarına uygun olmayan bir şekilde karara esas alınmışsa) hatalı vakıa tespiti gerçekleşmiş olur¹⁵⁸⁸.

¹⁵⁸² Seiler, s. 199, Kn. 457.

¹⁵⁸³ KUKO ZPO – Brunner, Art. 310, Kn. 4; ZPO Rechtsmittel – Stauber, Art. 310, Kn. 13; ZPO DIKE – Blickenstorfer, Art. 310, Kn. 18.

¹⁵⁸⁴ Gasser/Rickli, Art. 310, Kn. 4; ZPO DIKE – Blickenstorfer, Art. 310, Kn. 18; Graber, s. 162; Spühler/Vock, s. 21; BSK ZPO – Spühler, Art. 310, Kn. 7; ZPO Rechtsmittel – Stauber, Art. 310, Kn. 14; SHK ZPO – Mathys, Art. 310, Kn. 1.

¹⁵⁸⁵ Botschaft zur ZPO, s. 7372; Spühler/Vock, s. 21; BSK ZPO – Spühler, Art. 310, Kn. 7; Graber, s. 162; SHK ZPO – Mathys, Art. 310, Kn. 11; Seiler, s. 206-207, Kn. 478; KUKO ZPO – Brunner, Art. 310, Kn. 1; ZPO Rechtsmittel – Stauber, Art. 310, Kn. 14; OFK ZPO – Gehri, Art. 310, Kn. 4; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 27; BK ZPO – Sterchi, Art. 310, Kn. 10.

¹⁵⁸⁶ ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 29; BSK ZPO – Spühler, Art. 310, Kn. 9; Seiler, s. 207, Kn. 479; ZPO Rechtsmittel – Stauber, Art. 310, Kn. 12; ZPO DIKE – Blickenstorfer, Art. 310, Kn. 19.

¹⁵⁸⁷ BSK ZPO – Spühler, Art. 310, Kn. 9; Seiler, s. 207, Kn. 479.

¹⁵⁸⁸ BK ZPO – Sterchi, Art. 310, Kn. 11; ZPO DIKE – Blickenstorfer, Art. 310, Kn. 19.

b) İlk derece mahkemesinin, karar bakımından önemli olan ve taraflarca zamanında talep edilen delili ikame etmemesi de vakıa tespitini hatalı hale getirebilir. Örneğin, ilk derece mahkemesi ispata muhtaç vakıayı yanlış bir şekilde (yanlış bir yorumlama veya karşı tarafın iddiasının dikkate alınmaması sonucu) çekişmesiz olarak kabul edip ispatlanmış gibi dikkate alırsa veya bir delil ibrazını haksız bir gerekçeyle reddederse ve bu nedenle ilgili vakıa kararda ispatlanamamış olarak değerlendirilirse, hatalı vakıa tespiti söz konusu olur. Bu ihtimalde esasen hukukun hatalı uygulanması (İsviçre Medeni Kanunu m. 8’de düzenlenen ispat yüküne ilişkin kurala aykırılık), hatalı vakıa tespitlerine yol açar. Yine ilk derece mahkemesinin, ispata muhtaç vakıayı hukuken yeterince iddia edilmemiş veya somutlaştırılmamış veya kendi hukuki bakış açısına göre karar bakımından önemsiz olarak addetmesi neticesinde, delil ikamesini gerçekleştirmemesi halinde de hukukun hatalı uygulanması hatalı vakıa tespitlerine yol açar ve taraflar hukukun hatalı uygulandığını (İFMUK m. 310/a) da ileri sürerek istinaf mahkemesine başvurabilirler¹⁵⁸⁹.

c) Vakıa tespitlerinin eksik yapılması halinde de vakıa tespitlerinde hata meydana gelir¹⁵⁹⁰. Bu durum, karar bakımından önemli olan bütün vakıaların tespit edilmemesi veya dikkate alınmaması yahut re’sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu hallerde bu ilkeye rağmen vakıaların re’sen araştırılmaması veya dikkate alınmaması hallerinde meydana gelebilir¹⁵⁹¹. Vakıa tespitlerine ilişkin hukuki ilkelere aykırılık halinde hem hukukun uygulanmasında hem de vakıa tespitlerinde hata meydana gelir¹⁵⁹².

d) Delil değerlendirilmesinin hatalı yapılması da hatalı vakıa tespitlerine neden olur. İlk derece mahkemesi, delillerin serbestçe değerlendirilmesine ilişkin temel kuralları hatalı uygularsa veya delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi çerçevesinde mevcut delilleri yanlış değerlendirirse, vakıa tespitinde hata meydana gelir¹⁵⁹³. İstinaf kanun yolunda, şikayet kanun yolundan farklı olarak (İFMUK m. 320/b), vakıa tespitlerinin (ve dolayısıyla delil değerlendirmesinin) açık bir şekilde hatalı (keyfilik anlamında) gerçekleşmesi şart değildir.

¹⁵⁸⁹ **BK ZPO – Sterchi**, Art. 310, Kn. 12; **BSK ZPO – Spühler**, Art. 310, Kn. 10; **ZPO DIKE – Blickenstorfer**, Art. 310, Kn. 18; **Graber**, s. 162; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s. 441, Kn. 12.42; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 30; **BSK ZPO – Spühler**, Art. 310, Kn. 10.

¹⁵⁹⁰ **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 27; **Seiler**, s. 207, Kn. 481.

¹⁵⁹¹ **Seiler**, s. 207, Kn. 481.

¹⁵⁹² **Guldener**, s. 477; **Seiler**, s. 207, Kn. 482.

¹⁵⁹³ **SHK ZPO – Mathys**, Art. 310, Kn. 11; **Seiler**, s. 207, Kn. 479; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s. 44-442, Kn. 12.42; **BSK ZPO – Spühler**, Art. 310, Kn. 9; **ZPO Rechtsmittel – Stauber**, Art. 310, Kn. 12; **ZPO DIKE – Blickenstorfer**, Art. 310, Kn. 20.

Basit hatalı vakıa tespitleri (ve delil değerlendirmesi) de istinafa başvurmak için yeterlidir (İFMUK m. 310/a)¹⁵⁹⁴. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi istinaf mahkemesi bakımından da geçerlidir¹⁵⁹⁵. İlk derece mahkemesinin delilleri değerlendirmesi sırasında kullandığı takdir serbestisi (*Ermessensspielraum*), istinaf mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmede ilk derece mahkemesinden farklı bir sonucu ortaya çıkarabilir¹⁵⁹⁶. Ayrıca, taraflar ilk derece mahkemesinin başka veya ek deliller ikamet etmek zorunda olduğunu ancak bunu yapmadığını ve bu yüzden de vakıa tespitlerinin hatalı olduğunu ileri sürebilirler¹⁵⁹⁷.

Tarafların hatalı vakıa tespitleri itirazında bulunabilmesi için söz konusu vakıaların karar bakımından önemli olması gerekir¹⁵⁹⁸. Ancak tarafların bu hususu temyizdeki kadar sıkı bir şekilde ortaya koyması şart değildir. Zira kural olarak temyiz mahkemesi, istinaf mahkemesinde yapılan vakıa tespitleri ile bağlıdır. İstinaf mahkemesi ise, alt derece mahkemesi kararına etki eden veya etki edebilecek¹⁵⁹⁹ bütün fiili (maddi) meseleleri ve dolayısıyla vakıaları denetleyebilir¹⁶⁰⁰. Bu bağlamda taraflar, sadece hukuki menfaatin mevcut olmasını gerektirmeyecek hata veya eksiklikleri ileri süremezler. Çünkü hukuki menfaatin bulunmaması halinde ilk derece mahkemesinin kararı, istinaf mahkemesi tarafından kaldırılamaz¹⁶⁰¹.

D. Takdir Yetkisinin Yerinde Kullanılmaması

Mahkemeler, ilgili hukuk normu kendilerine karar serbestisi tanıdıkları durumlarda takdir yetkisine sahiptirler. Maddi hukuktaki bir çok düzenleme hâkimin takdirine atıf yapmaktadır. Bunun yanı sıra usul hukukunda da mahkemelere büyük bir takdir serbestisi tanınmıştır¹⁶⁰². Mahkemeler kendilerine tanınan bu karar serbestisiyle, somut olaydaki durumu

¹⁵⁹⁴ **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 28, 29, 33; **Seiler**, s. 207, Kn. 480; **BK ZPO – Sterchi**, Art. 310, Kn. 13; **ZPO DIKE – Blickenstorfer**, Art. 310, Kn. 21; **Spühler/Vock**, s. 21; **BSK ZPO – Spühler**, Art. 310, Kn. 7.

¹⁵⁹⁵ **Seiler**, s. 207, Kn. 479; **Gasser/Rickli**, Art. 310, Kn. 5.

¹⁵⁹⁶ **BK ZPO – Sterchi**, Art. 310, Kn. 13; **ZPO DIKE – Blickenstorfer**, Art. 310, Kn. 21.

¹⁵⁹⁷ **SHK ZPO – Mathys**, Art. 310, Kn. 11; **Seiler**, s. 207, Kn. 479.

¹⁵⁹⁸ **Seiler**, s. 208, Kn. 484; **SHK ZPO – Mathys**, Art. 310, Kn. 13. Karş. **Graber**, s. 162.

¹⁵⁹⁹ İlk derece mahkemesi kararına etki etmeyen fiili (maddi) meseleler de istinaf mahkemesince denetlenebilir. Zira istinaf mahkemesi icabında başka vakıaları da (ki bu vakıalar ilk derece mahkemesi tarafından önemsiz olarak addedilmiş olsa bile) hukuken önemli kabul ederek göz önünde tutabilir. **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 27.

¹⁶⁰⁰ **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 27; **Seiler**, s. 208, Kn. 484.

¹⁶⁰¹ **Seiler**, s. 208, Kn. 484.

¹⁶⁰² **Graber**, s. 160; **Seiler**, 202, Kn. 469; **ZPO DIKE – Blickenstorfer**, Art. 310, Kn. 10; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 34.

tartarak hukuki sonucu ve/veya vakıaları tespit edebilirler. Fiili (maddi) mesele alanında bir takdir yetkisinin mevcut olup olmadığı veya takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığı, ilgili hukuk normunun yorumu ile tespit edileceğinden, bir hukuki mesele olarak kabul edilir. Dolayısıyla mahkemenin hukuk normu yoluyla sahip olduğu takdiri, ister hukuki meselelerde isterse de fiili (maddi) meselelerde, hatalı bir şekilde kullanması bir hukuka aykırılık teşkil eder¹⁶⁰³.

Mahkemenin takdir yetkisini kullanırken yapmış olduğu hataları ifade eden takdir hataları (*Ermessensfehler*); takdir yetkisinin aşılması, takdir yetkisinin şekli olarak kullanılması, takdir yetkisinin kötüye kullanılması veya takdir yetkisinin yerinde kullanılmaması şeklinde gerçekleşebilir¹⁶⁰⁴.

İsviçre Hukukunda, hem hukuki sonucun belirlenmesinde hem de vakıa tespitlerinde, ilgili hukuk normunun öngördüğü takdir yetkisinin hatalı kullanılması, takdir yetkisinin aşılması, şeklen veya kötüye kullanılması şeklinde gerçekleşmişse, hukuka aykırılığın mevcut olduğu ve İFMUK m. 310/a (hatalı hukuk uygulaması) kapsamında istinaf kanun yoluna başvurulabileceği ve istinaf mahkemesinin de serbest ve geniş kapsamlı olarak denetim yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁰⁵.

Buna karşılık, takdir yetkisinin yerinde kullanılmamasının takdir hatası oluşturup oluşturmadığı ve istinaf mahkemesinin sadece yerindelik (*Angemessenheit*) denetimi yapıp yapamayacağı tartışmalıdır. Öğretideki ağırlıklı görüşe göre, istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin takdire bağlı verdiği kararları, geniş ve kapsamlı bir şekilde, bilhassa salt yerinde olup olmadığı yönünden de denetim yetkisine sahiptir. Bu yetki, istinaf mahkemesinin, ilk derece mahkemesindeki dava dosyasının tamamını denetleyebilen bir tam ve olağan kanun yolu olarak yapılandırılmasından doğar. Bu yüzden istinaf mahkemesi bütün itirazlar (sadece yerinde olmama itirazı da dahil) bakımından tam denetim yetkisine sahiptir. İstinaf mahkemesi, hem hukuki hem de fiili (maddi) meseleler yönünden tam denetim yetkisine sahip olduğu için, hukuki sonuçların ve vakıaların takdiri arasındaki fark bu bağlamda herhangi bir rol oynamaz. Dolayısıyla istinaf mahkemesi, hukuki sonuçların yanı sıra vakıaların tespitine ilişkin

¹⁶⁰³ Gassler/Rickli, Art. 310, Kn. 3; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 34, 35, 37; Graber, s. 161.

¹⁶⁰⁴ BSK BGG – Schott, Art. 95, Kn. 32-34; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 34-36; Seiler, 203, Kn. 470; Graber, s. 160; ZPO DIKE – Blickenstorfer, Art. 310, Kn. 10.

¹⁶⁰⁵ SHK ZPO – Mathys, Art. 310, Kn. 16; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 35; Seiler, 203, Kn. 474; BK ZPO – Sterchi, Art. 310, Kn. 8; Graber, s. 160-161; BSK ZPO – Spühler, Art. 310, Kn. 3, 9; ZPO DIKE – Blickenstorfer, Art. 310, Kn. 10, 21.

kullanılan takdir yetkisinin de yerinde olup olmadığını denetleyebilir¹⁶⁰⁶. Yine aynı sebeplerle istinaf mahkemesi, kendi hukuki değerlendirmesi çerçevesinde, kendi takdirini ilk derece mahkemesinin takdirinin yerine koyabilir¹⁶⁰⁷. Mahkemenin takdir yetkisini yerinde kullanmaması da bir hukuka aykırılık teşkil eder ve İFMUK m. 310/a (hatalı hukuk uygulaması) kapsamında bir istinaf sebebi olarak ileri sürülebilir¹⁶⁰⁸.

Öğretideki azınlık görüşe göre, hukuki sonucun takdiri ile vakıaların takdiri arasındaki fark, denetim bakımından da farklı sonuçlar doğurur. Hatalı hukuk uygulamasının denetimine ilişkin uygulamada mevcut olan sınırlamalar, kanun yolu mahkemesinin basitçe kendi takdirini alt derece mahkemesinin takdirinin yerine koymasına izin vermez. Federal Mahkeme, düzenli olarak takdire bağlı kararların denetiminden sakınmaktadır. Federal Mahkeme, takdire bağlı kararlara sadece alt derece mahkemesinin, sebepsiz bir şekilde öğreti ve yargı kararlarında kabul edilen temel ilkelerden farklı bir karar vermesi veya somut olaydaki karar bakımından herhangi bir rol oynamayacak vakıaları dikkate alması ya da zorunlu olarak dikkate alması gereken aksi (zıt) yöndeki durumları dikkate almaması yahut açık bir şekilde hakkaniyete aykırı, şok edici derecede adaletsiz bir karar vermesi halinde müdahale etmektedir. Ancak Federal Mahkeme, hiçbir zaman kendi takdirini alt derece mahkemesinin takdirinin yerine koymaz ve özellikle mekânsal ve kişisel ilişki ile teknik uzmanlığın dikkate alınmak zorunda olduğu durumlarda, vakıaya daha yakın olan alt derece hâkiminin takdirine müdahale etmekten sakınır¹⁶⁰⁹. Bu hususlar, hukuki sonucun belirlenmesi bakımından takdir hatasının kapsamına sadece, takdir yetkisinin aşılması, şeklen veya kötüye kullanılmasının girdiğini, buna karşılık takdir yetkisinin yerinde kullanılmamasının bu kapsamda yer almadığını ortaya koyar. Bu ölçüt istinaf sebeplerine ilişkin İFMUK m. 310/a'nun uygulanması bakımından da geçerlidir. Usul kanununda öngörülen geniş kapsamlı denetim, istinaf sebepleri arasında açıkça belirtmeyen yerindelik denetimini kapsayacak ölçüde geniş değildir. Dolayısıyla istinaf mahkemesi, hukuki sonucun belirlenmesi bakımından kendi takdirini, ilk derece mahkemesinin takdirinin yerine koymaya yetkili değildir. Yine Federal Mahkemenin uygulamasıyla aynı yönde olarak istinaf

¹⁶⁰⁶ Seiler, 204-205, Kn. 474, 476; Graber, s. 161; SHK ZPO – Mathys, Art. 310, Kn. 16; OFK ZPO – Gehri, Art. 310, Kn. 3; Gassler/Rickli, Art. 310, Kn. 3; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 36. Stauber'e göre istinaf mahkemesinin sadece yerindelik denetimi yapma yetkisi değil, aynı zamanda ödevi vardır (ZPO Rechtsmittel – Stauber, Art. 310, Kn. 10).

¹⁶⁰⁷ Graber, s. 161. Mathys'e göre, istinaf mahkemesi yerindelik denetimi kapsamında kendi takdirini ilk derece mahkemesinin takdirinin yerine koymaya sadece yetkili değil, aynı zamanda zorunludur (SHK ZPO – Mathys, Art. 310, Kn. 16).

¹⁶⁰⁸ Gassler/Rickli, Art. 310, Kn. 3; Graber, s. 161; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 36.

¹⁶⁰⁹ BGE 131 II 680, 683; BGer. 5C.91/2004, 05.08.2004 (E. 5.1).

mahkemesi de, mekânsal ve kişisel ilişki ile teknik uzmanlığın dikkate alınmak zorunda olduğu durumlarda, vakıya daha yakın olan ilk derece hâkiminin takdirine müdahale etmekten sakınmalıdır. Buna karşılık vakıa tespitlerinin takdiri bakımından ise durum farklıdır. İlk derece mahkemesinin vakıa tespitleri sırasında kullandığı takdir serbestisi, istinaf mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmede ilk derece mahkemesinden farklı bir sonucu ortaya çıkarabilir. Dolayısıyla vakıa tespitleri bakımından yerindelik denetimi gerçekleştirilebilir¹⁶¹⁰.

Federal Mahkemeye göre, istinaf mahkemeleri hukuki ve fiili (maddi) yönden sınırsız bir denetim yetkisine sahiptir¹⁶¹¹. Yine Federal Mahkemeye göre, sahip olunan denetim yetkisinin kullanılmaması, kural olarak, hukuki dinlenilme hakkını ihlal eder¹⁶¹². Ancak istinaf mahkemelerinin denetim yetkisini yerindelik yönünden kullanmaması halinde, hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilmiş olmaz. Zira, istinaf mahkemesinin serbest denetim yetkisine sahip olması, onun kendi takdirini alt derece mahkemesinin takdiri yerine koymasını zorunlu kılmaz. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesine belli bir değerlendirme serbestisi tanıyabilir ve kendini bununla sınırlandırabilir. İstinaf mahkemesi, takdire bağlı kararlara, yeterli (kafi) nedenler mevcut ise, müdahale edebilir¹⁶¹³.

II. Temyiz Sebepleri ve Denetimi

A. Genel Olarak

Temyiz sebepleri, temyiz kanun yolunda ileri sürülebilecek caiz itirazlardır. Temyize başvuran taraf, itiraz ettiği kararın nasıl hatalı olduğunu bu caiz temyiz sebeplerine dayandırarak ortaya koyar. Caiz bir temyiz sebebinin ileri sürülmesi, temyiz mahkemenin esas hakkında karar vermesi için gerekli olan şartlardan (*Sachurteilsvoraussetzung*) birini teşkil eder. Öte yandan temyiz sebepleri, temyiz mahkemesinin değerlendirme yetkisi (*Prüfungsbefugnis*) ve ödevini (*Prüfungspflicht*) ortaya koyar. Bu nedenle, caiz temyiz sebepleri dışında bir karardaki olası bütün hataları temyiz mahkemesi ne kendiliğinden ne de tarafların taleplerine dayanarak değerlendirebilir. Ancak bununla beraber, temyiz mahkemesinin caiz itirazlar (temyiz sebepleri) bakımından denetimi, kural olarak, sınırsız ve serbesttir. Bu noktada (caiz olan itirazlar yönünden) temyiz mahkemesinin denetiminin caiz

¹⁶¹⁰ BK ZPO – Sterchi, Art. 310, Kn. 3, 8, 9, 13; ZPO DIKE – Blickenstorfer, Art. 310, Kn. 10, 21.

¹⁶¹¹ BGE 138 III 374, 375 (E. 4.3.1); BGer. 5A_198/2012, 24.08.2012 (E. 4.1).

¹⁶¹² BGE 131 II 271, 303 (E. 11.7.1); BGer. 5A_198/2012, 24.08.2012 (E. 4.2).

¹⁶¹³ BGer. 5A_198/2012, 24.08.2012 (E. 4.2, E. 4.3).

olmayan bir şekilde kısıtlanması, şekli olarak hakkın yerine getirilmesinden kaçınma (*Rechtsverweigerung*) ve hukuki dinlenilme hakkının ihlali sayılır¹⁶¹⁴.

İsviçre Federal Mahkeme Kanunu (İFMK) m. 95-98 arasında yer alan temyiz sebepleri, hem özel hukuka hem de idare ve ceza hukukuna ilişkin uyuşmazlıklardan dolayı Federal Mahkemeye (*Bundesgericht*) yapılacak başvurular için aynı şekilde düzenlenmiştir¹⁶¹⁵. İFMK’da temyiz sebepleri başlığı altında, İsviçre hukukuna aykırılık (İFMK m. 95), yabancı hukuka aykırılık (İFMK m. 96), hatalı vakıa tespitleri (İFMK m. 97) ve ihtiyati tedbirler hakkındaki kararlara karşı sınırlı temyiz sebepleri (İFMK m. 98) olarak düzenlenmiştir. Bu sebepler, hukuka aykırılık ve hatalı vakıa tespitleri başlığı altında toplanabilir.

B. Hukuka Aykırılık

1. Genel Olarak

Hukuka aykırılık kavramı, genel ve soyut nitelikteki her türlü hukuk kuralına aykırılığı ihtiva eder. Bu bağlamda hukuk kavramı, yazılı olan her derecedeki (anayasa-yasa-tüzük-yönetmelik) hukuk kurallarının yanı sıra, yazılı olmayan (hâkimin hukuku-örf ve adet hukuku) hukuk kurallarını da kapsar¹⁶¹⁶. Ayrıca hukuk kavramı bakımından prensip olarak, ilgili kuralın federal hukuka mı veya kantonal hukuka mı ilişkin olduğu önemsizdir. Ancak, istinaftan farklı olarak temyiz kanun yolunda bu ayrım önemlidir ve bu bağlamda temyiz kanun yolunda her hukuka aykırılık değil bazı hukuka aykırılıklar denetlenir¹⁶¹⁷. Taraflarca belirlenen özel kurallar (şirket sözleşmelerindeki düzenlemeler veya sözleşmelerdeki klozlar gibi), esas itibariyle bir hukuk kuralı olmamakla birlikte, bu kurallara aykırılıkta bir temyiz sebebi olarak ileri sürülebilir¹⁶¹⁸.

Taraflar, temyiz kanun yolu ile, federal hukuka, uluslararası kamu hukukuna, kantonal anayasal haklara, vatandaşların oy hakkına, seçimlere ve halk oylamasına ilişkin kantonal hükümlere ve kantonlararası hukuka aykırılığa itiraz edebilir (İFMK m. 95). Yine taraflar,

¹⁶¹⁴ **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 1-3.

¹⁶¹⁵ **Meyer, Lorenz**, Wege zum Bundesgericht - Übersicht und Stolpersteine, ZBJV 2010/146, s. 853, Kn. 5.1; **SHK BGG – Seiler**, Art. 95, Kn. 13; **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 6.

¹⁶¹⁶ **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 37-38; **Stachelin/Stachelin/Grolimund – Stachelin/Bachofner**, § 27, Kn. 26; **Spühler/Vock**, s. 97-98; **SHK BGG – Seiler**, Art. 95, Kn. 24.

¹⁶¹⁷ **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 37-38; **Spühler/Vock**, s. 97-98; **HAP Bundesgericht – Münch/Luczak**, § 2, Kn. 2.44.

¹⁶¹⁸ **SHK BGG – Seiler**, Art. 95, Kn. 35-37; **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 40.

temyiz kanun yolu ile İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununda (İMÖHUK) öngörülen yabancı hukukun uygulanmadığını ve/veya malvarlığıyla ilgili konulara ilişkin olmayan kararlar bakımından yabancı hukukun yanlış uygulandığını ileri sürebilirler (İFMK m. 96). İhtiyati tedbirlere ilişkin kararlara karşı temyiz kanun yoluna sadece anayasal hakların ihlali sebebiyle başvurulabilir (İFMK m. 98).

2. Federal Hukuka ve Uluslararası Kamu Hukukuna Aykırılık

Federal hukuka aykırılık bir temyiz nedenidir (İFMK m. 95/a). Bu bağlamda federal hukuk, federal anayasa, yasa, tüzük ve yönetmelikler dahil olmak üzere bütün federal hukuk kurallarını kapsar. Bu noktada federal hukuk kuralının maddi hukuka mı yoksa usul hukukuna mı ilişkin olduğu yahut özel hukuka mı yoksa kamu hukukuna mı dahil olduğu önemsizdir. Yine, federal hukuka ilişkin boşlukların doldurulmasında veya tamamlanmasında başvuru olan örf ve adet hukuku ile hâkimin hukuku (İsviçre Federal Medeni Kanunu - İFMEK m.1) da bu kapsamda yer alır¹⁶¹⁹. Hayat tecrübelerine ilişkin genel ilkeler de federal hukuka dahildir¹⁶²⁰.

Anayasal haklara (*verfassungsmässige Rechte*) aykırılığın yanı sıra diğer anayasa hukuku kurallarına (*andere Verfassungsbestimmungen*) aykırılık da temyiz kanun yolunda ileri sürülebilir¹⁶²¹. Temyiz mahkemesi, somut olayda uygulanmak zorunda olan bir federal yasanın anayasaya uygun olup olmadığını¹⁶²², federal yasanın anayasaya uygun bir yorumu (*verfassungskonforme Auslegung*) mümkün ise bunun seçilip seçilmediğini¹⁶²³ ve federal yasanın bağlı bulunan uluslararası kamu hukukunu (özellikle İHAS'ı) ihlal edip etmediğini denetleyebilir^{1624/1625}.

Uluslararası kamu hukukuna (özellikle uluslararası sözleşmelere ve uluslararası teamül hukukuna) aykırılık da bir temyiz sebebi teşkil eder (İFMK m. 95/b). Uluslararası kamu

¹⁶¹⁹ BSK BGG – Schott, Art. 95, Kn. 46; SHK BGG – Seiler, Art. 95, Kn. 19-24; Staehelin/Staehelin/Grolimund – Staehelin/Bachofner, § 27, Kn. 26; Leuenberger/Uffer-Tobler, s. 440-471, Kn. 12.126; Meyer, s. 854, Kn. 5.2; HAP Bundesgericht – Münch/Luczak, § 2, Kn. 2.45-2.46.

¹⁶²⁰ BGE 137 V 64, 66 (E.1.2); Spühler, Karl, in: Bundesgerichtsgesetz (BGG) Praxiskommentar, Spühler, Karl/Aemisegger, Heinz/Dolge, Annette/Vock, Dominik (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 310, Kn. 3.

¹⁶²¹ SHK BGG – Seiler, Art. 95, Kn. 20; Spühler/Vock, s. 98; BGG DIKE – Spühler, Art. 95, Kn. 4.

¹⁶²² BGE 136 I 65, 70 (E.3.2).

¹⁶²³ BGE 111 Ia 292, 297 (E.3.b).

¹⁶²⁴ BGE 125 II 417, 424 (E. 4.c-d).

¹⁶²⁵ BSK BGG – Schott, Art. 95, Kn. 49; SHK BGG – Seiler, Art. 95, Kn. 17.

hukukuna aykırılığın tek başına bir temyiz sebebi olarak ileri sürülebilmesi için, bu uluslararası düzenlemenin doğrudan uygulanabilir (*self-executing*) nitelikte olması gerekir¹⁶²⁶. Bu da ancak, ilgili düzenlemenin içeriğinin somut olayda bir kararın temelini oluşturmaya yetecek ölçüde belirli ve açık olması halinde söz konusu olur. Ayrıca ilgili norm kendisinden hak çıkarılabilir nitelikte (*justiziabel*) olmalıdır, yani söz konusu normda bireyin hakları ve yükümlülükleri tanımlanmalı ve normun muhatabı da hukuku uygulayan yetkililer olmalıdır¹⁶²⁷. Doğrudan uygulanabilir uluslararası kamu hukukun başlıca kaynaklarına örnek olarak, İHAS ve MSHS (Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme) gösterilebilir¹⁶²⁸.

Uygulanması gereken bir federal veya uluslararası kamu hukuk kuralı hiç uygulanmazsa veya yanlış hukuk kuralı uygulanırsa (söz gelimi, federal hukuk yerine yabancı hukuk veya federal hukuk yerine kantonal hukuk yahut uluslararası kamu hukuku yerine kantonal hukuk uygulanırsa ya da tam tersleri olursa) federal hukuka veya uluslararası kamu hukukuna aykırılık meydana gelir. Ayrıca doğru federal veya uluslararası kamu hukuku kuralının (yanlış yorumlama veya yanlış atlama yüzünden) yanlış uygulanması da bu kapsamda bir hukuka aykırılık teşkil eder¹⁶²⁹.

3. Kantonal Hukuka Aykırılık

Federal Mahkeme, İsviçre'nin en Yüksek Mahkemesi olarak, kural olarak, kantonal hukuka aykırılıkları denetlemez. Bu görev, kantonların özerkliğine saygıdan kantonal mahkemelere bırakılmıştır. Bununla beraber, İFMK m. 95'de bu konuda üç istisna öngörülmüştür. Kantonal anayasal hakların (İFMK m. 95/c), politik hakların (İFMK m. 95/d)¹⁶³⁰ ve kantonlararası hukukun ihlali temyiz mahkemesince denetlenebilir¹⁶³¹. Dolayısıyla

¹⁶²⁶ SHK BGG – Seiler, Art. 95, Kn. 39 ve 42; BSK BGG – Schott, Art. 95, Kn. 54; HAP Bundesgericht – Münch/Luczak, § 2, Kn. 2.45; Meyer, Bundesgericht, s. 854, Kn. 5.2; Spühler/Vock, s. 98; BGG DIKE – Spühler, Art. 95, Kn. 5.

¹⁶²⁷ BGE 136 I 297, 307 (E.8.1); BGE 133 I 286, 291 (E.3.2).

¹⁶²⁸ BSK BGG – Schott, Art. 95, Kn. 54; Meyer, Bundesgericht, s. 854, Kn. 5.2.

¹⁶²⁹ HAP Bundesgericht – Münch/Luczak, § 2, Kn. 2.46; SHK BGG – Seiler, Art. 95, Kn. 15; BSK BGG – Schott, Art. 95, Kn. 41-42.

¹⁶³⁰ Taraflar, vatandaşların oy hakkına, seçimlere ve halk oylamasına ilişkin kantonal hükümlere aykırılığı da bir temyiz sebebi olarak ileri sürebilir (İFMK m. 95/d). Ancak bu husus özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklar bakımından esasen pek bir uygulama alanı bulmaz (HAP Bundesgericht – Münch/Luczak, § 2, Kn. 2.72; BSK BGG – Schott, Art. 95, Kn. 6).

¹⁶³¹ BSK BGG – Schott, Art. 95, Kn. 55; BGG DIKE – Spühler, Art. 95, Kn. 6; Spühler/Vock, s. 98; Staehelin/Staehelin/Grolimund – Staehelin/Bachofner, § 27, Kn. 26; SHK BGG – Seiler, Art. 95, Kn. 43-46; HAP Bundesgericht – Münch/Luczak, § 2, Kn. 2.72.

taraflar, temyiz kanun yolunda kantonal anayasal hakların¹⁶³² ve kantonlararası hukukun (kantonlararası anlaşmaların) ihlal edildiğini ileri sürebilirler (İFMK m. 95/c, e). Bunun dışında kantonal hukuka aykırılıklar, kural olarak, bir temyiz sebebi olarak ileri sürülemez. Ancak, kantonal hukuka aykırılık aynı zamanda federal hukuka veya uluslararası kamu hukukuna da aykırılık teşkil ediyorsa, bu aykırılık bir temyiz sebebi olarak ileri sürülebilir. Bu durum, örneğin kantonal hukuka aykırılığın aynı zamanda anayasada düzenlenen temel hakları ihlal ettiği ve özellikle keyfilik yasağına (*Willkürverbots*) aykırılık teşkil ettiği hallerde söz konusu olur¹⁶³³.

4. Takdir Hatası

Bir hukuk kuralının mahkemeye takdir yetkisi tanıyıp tanımadığı ilgili hukuk kuralın yorumundan anlaşılacağı için bu bir hukuki mesele olarak kabul edilir. Alt derece mahkemesi takdir yetkisini aşmışsa veya şeklen kullanmışsa yahut kötüye kullanmışsa bu durum bir takdir hatası (ve hukuki mesele) teşkil eder ve hukuka aykırılık sebebine dayanılarak temyiz mahkemesine başvurulabilir. Bununla beraber, istinaf kanun yolundan farklı olarak temyiz mahkemesi takdir yetkisinin yerinde kullanılıp kullanılmadığı denetlemez ve taraflar salt takdir yetkisinin yerinde kullanılmadığını ileri sürerek temyiz kanun yoluna başvuramazlar¹⁶³⁴.

Federal Mahkeme uygulamada takdir yetkisinin denetimi konusunda vakıaların takdiri ile hukuki sonucun takdiri ayrımını yapmaktadır. Vakıaların takdiri, hukuki mesele olmayıp fiili meseledir ve kural olarak temyiz mahkemesince denetlenmez. Hukuki sonucun takdiri ise bir hukuki meseledir ve temyiz mahkemesince denetlenebilir. Bununla beraber Federal Mahkeme düzenli olarak takdire bağlı kararların denetiminden sakınmaktadır. Federal Mahkeme uygulamada takdire bağlı kararlara sadece, alt derece mahkemesinin, sebepsiz bir şekilde öğreti ve yargı kararlarında kabul edilen temel ilkelerden farklı bir karar vermesi veya somut olaydaki karar bakımından herhangi bir rol oynamayacak vakıaları dikkate alması ya da

¹⁶³² Hangi kantonal hakların bu bağlamda kantonal anayasal haklar olduğu konusunda Federal Mahkeme şu kriterleri kullanmaktadır; ilgili norm, en azından bireysel hukuki himayeye hizmet etmeli, ileri sürülen hukuki himaye ihtiyacı karşılayabilmeli ve norm kendisinden hak çıkarılabilir nitelikte (*justiziabel*) olmalı, yani söz konusu normda bireyin hakları ve yükümlülükleri tanımlanmalıdır. BGE 137 I 77, (E. 1.3.1); BGE 131 I 366, 368 (E. 2.2); **BGG – Schott**, Art. 95. Kn. 56; **SHK BGG – Seiler**, Art. 95, Kn. 44.

¹⁶³³ **SHK BGG – Seiler**, Art. 95, Kn. 43; **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 55; **BGG DIKE – Spühler**, Art. 95, Kn. 6; **Stahelin/Stahelin/Grolimund – Stahelin/Bachofner**, § 27, Kn. 26; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s. 440-471, Kn. 12.126; **Meyer**, Bundesgericht, s. 854, Kn. 5.2.

¹⁶³⁴ **Stahelin/Stahelin/Grolimund – Stahelin/Bachofner**, § 27, Kn. 31; **SHK BGG – Seiler**, Art. 95, Kn. 59-60; **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 31-34; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 35; ; **SHK BGG – von Werdt, Nicolas**, Art. 106, Kn. 9.

zorunlu olarak dikkate alması gereken aksi (zıt) yöndeki durumları dikkate almaması yahut açık bir şekilde hakkaniyete aykırı, şok edici derecede adaletsiz bir karar vermesi halinde müdahale etmektedir¹⁶³⁵.

Belirsiz hukuk kavramlarının yorumu ile takdir yetkisinin kullanılmasının birbirinden ayrılması zorluk arz eden bir husustur. Zira belirsiz hukuk kavramları da, genel ve nispeten açık formüle edilmeleri nedeniyle, mahkemeye belli bir karar serbestisi sağlarlar. Belirsiz hukuk kavramlarının yorumu ve somut olayda belirlenmesi, takdir yetkisinin kullanılmasının aksine, temyiz mahkemesi tarafından bir hukuki mesele olarak sınırsız bir denetime tabidir¹⁶³⁶. Bununla beraber, uygulamada Federal Mahkeme özel teknik bilgiler gerektiren uzmanlık meselelerinde belirsiz hukuk kavramının yorumunu denetlemekten kaçınmaktadır¹⁶³⁷.

5. İhtiyati Tedbire İlişkin Kararın Anayasal Hakları İhlal Etmesi

İhtiyati tedbirlere ilişkin kararlara karşı temyize başvuru ve temyiz denetimi sınırlıdır. Taraflar temyiz kanun yolu ile ihtiyati tedbirler hakkındaki kararlara karşı sadece anayasal haklara aykırılık itirazında bulunulabilirler (İFMK m. 98)¹⁶³⁸. Bu noktada temyiz sebebi teşkil eden anayasal haklar, yazılı olan veya olmayan federal ve kantonal anayasa hukukundan ve insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerden kaynaklanabilir¹⁶³⁹. Bu bağlamda özellikle İsviçre Federal Anayasasının (İFAY) 7-33 maddeleri arasında düzenlenen temel haklara ve bunların içerisinde yer alan keyfilik yasağına (İFAY m. 9) ve genel yargılama güvencelerine (adil yargılanma hakkına ve hukuki dinlenilme hakkına -İFAY m. 29) aykırılık, bir temyiz

¹⁶³⁵ BGE 130 III 213, 220 (E.3.1); BGer. 5C.91/2004, 05.08.2004 (E. 5.1); BGer. 5A_726/2008, 19.12.2008 (E.3.2); **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 33-34; **SHK BGG – Seiler**, Art. 95, Kn. 65; **SHK BGG – von Werdt**, Art. 106, Kn. 9; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 37; **HAP Bundesgericht – Münch/Luczak**, § 2, Kn. 2.51.

¹⁶³⁶ **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 35-36; **SHK BGG – Seiler**, Art. 95, Kn. 61.

¹⁶³⁷ BGE 138 II 77 (E. 6.4); BGE 135 II 384 (E.2.2.2); **SHK BGG – Seiler**, Art. 95, Kn. 61. *Schott*'a göre, Federal Mahkeme, anayasa ve yasalarca kendisine tanınan denetim yetkisini katı bir talimat olarak anlamamakta, bu yetkisini esnek bir şekilde kullanmaktadır. Federal Mahkemenin özellikle, mekânsal ilişkinin dikkate alınması gerektiği durumlar ile teknik uzmanlık gerektiren hallerde, belirsiz hukuk kavramlarının yorumu ve değer meselelerinde denetimden kaçınmasının nedeni, kendi iş yoğunluğunun dozunu azaltmak ve ayarlamaktır. (**BSK BGG – Schott**, Art. 95. Kn. 12a ve 12b).

¹⁶³⁸ Dolayısıyla, normal kararlardan farklı olarak ihtiyati tedbir kararının federal hukuku ihlal etmesi tek başına bir temyiz sebebi teşkil etmez. Federal hukuka aykırılık ancak bir anayasal hakkın ihlali şeklinde meydana geliyorsa temyiz sebebi oluşturur. **SHK BGG – Seiler**, Art. 98, Kn. 23; **BGG DIKE – Spühler**, Art. 98, Kn. 4; **Stahelin/Stahelin/Grolimund – Stahelin/Bachofner**, § 27, Kn. 32; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s. 473, Kn. 12.130; **HAP Bundesgericht – Münch/Luczak**, § 2, Kn. 2.78; **Meyer**, Bundesgericht, s. 859, Kn. 5.5.

¹⁶³⁹ **BSK BGG – Schott**, Art. 98, Kn. 19; **SHK BGG – Seiler**, Art. 98, Kn. 17 ve 21; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s. 473, Kn. 12.130; **BGG DIKE – Spühler**, Art. 98, Kn. 4-5.

sebebi olarak daha çok uygulama alanı bulmaktadır¹⁶⁴⁰. Buna karşılık, itiraz edilen tedbire ilişkin kanunda öngörülen şartların oluşmadığına yönelik itiraz, alt derece mahkemelerinde yapılabilir¹⁶⁴¹.

6. Yabancı Hukuka Aykırılık

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (İMÖHUK) m. 16'ya göre, uygulanacak yabancı hukukun içeriği re'sen tespit edilir. Yabancı hukukun içeriğinin tespitinde taraflardan yardım istenebilir. Malvarlığı haklarına ilişkin davalarda yabancı hukukun içeriğinin ispatı taraflara yüklenebilir. Eğer yabancı hukukun içeriği tespit edilemezse, İsviçre hukuku uygulanır. Buna göre, hâkim yabancı hukuku kural olarak re'sen tespit etmek ve uygulamakla yükümlüdür¹⁶⁴². Bu hususun iki istinası söz konusudur. İlk olarak malvarlığı haklarına ilişkin uyuşmazlıklarda hâkim uygulanacak yabancı hukukun içeriğinin ispatını taraflara yükleyebilir. İkinci olarak, İMÖHUK uyarınca taraflara hukuk seçimi yapma yetkisi verildiği hallerde, taraflar İsviçre hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilirler¹⁶⁴³.

Taraflar, temyiz kanun yolu ile İMÖHUK'da öngörülen yabancı hukukun uygulanmadığını ve/veya malvarlığıyla ilgili konulara ilişkin olmayan kararlar bakımından yabancı hukukun yanlış uygulandığını ileri sürebilirler (İFMK m. 96).

Temyizde taraflar öncelikle, İMÖHUK'da öngörülen yabancı hukukun uygulanmadığını ileri sürebilirler (İFMK m. 96/a). Bu husus aynı zamanda İFMK m. 95/a uyarınca İsviçre federal hukukuna aykırılık teşkil eder¹⁶⁴⁴. Alt derece mahkemesi haksız bir

¹⁶⁴⁰ BGer. 5A_623/2019, 5.11.2019 (E. 2); **SHK BGG – Seiler**, Art. 98, Kn. 18 ve 22; **BSK BGG – Schott**, Art. 98, Kn. 23.

¹⁶⁴¹ **BSK BGG – Schott**, Art. 98, Kn. 23. Karş. **HAP Bundesgericht – Münch/Luczak**, § 2, Kn. 2.78.

¹⁶⁴² **Mächler-Erne, Monica/ Wolf-Mettie, Susanne**, in: Basler Kommentar zum Internationales Privatrecht, Grolimund, Pascal/Loacker, Leander D./ Schnyder, Anton K. (Hrsg.), 4.Aufl., Basel 2020, Art. 16, Kn. 5; **Girsberger, Daniel/Furrer, Andreas**, in: Zürcher Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, Müller-Chen, Markus/Lüchinger, Corinne Widmer (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, Art. 16, Kn. 22-23; **Buhr, Alex/Gabriel, Simon/Schramm, Dorothee**, in: Internationales Privatrecht CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Furrer, Andreas/Girsberger, Daniel/Müller-Chen, Markus (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 16, Kn. 3.

¹⁶⁴³ **ZK IPRG – Girsberger/Furrer**, Art. 16, Kn. 27 ve 39; **BSK IPRG – Mächler-Erne/Wolf-Mettier**, Art. 16, Kn. 14; **CHK IPRG – Buhr/Gabriel/Schramm**, Art. 16, Kn. 9.

¹⁶⁴⁴ Bu nedenle öğretide İFMK m. 96/a'da yabancı hukukun tespitinde hukuka aykırılığın ayrıca bir temyiz sebebi olarak düzenlenmesinin gereksiz olduğu, bu düzenlemenin sadece açıklamaya (netleştirmeye) hizmet ettiği belirtilmektedir (**BSK BGG – Schott**, Art. 96, Kn.7; **SHK BGG – Güngerich, Andreas**, Art. 96, Kn. 5; **Stahelin/Stahelin/Grolimund – Stahelin/Bachofner**, § 27, Kn. 33; **BSK IPRG – Schnyder, Anton K./Vasella, David**, Art. 72 ff. BGG, Kn. 25).

şekilde, yabancı hukuk yerine İsviçre hukukunu veya İsviçre hukuku yerine yabancı hukuku uygulamışsa, bu durum bir temyiz sebebi teşkil eder. Yine alt derece mahkemesi, kanunlar ihtilafı kurallarına (*Kollisionsnormen*) aykırı olarak, hatalı bir şekilde, yanlış yabancı hukuku uygulamışsa, bu husus da bir temyiz sebebidir. Yabancı hukukun içeriğinin tespiti mümkün olmasına rağmen, alt derece mahkemesi haksız bir şekilde yabancı hukukun içeriğinin tespitinin mümkün olmadığı kabul ederek, İsviçre hukukunu uygulamışsa İMÖHUK m. 16'ya aykırı hareket etmiş olur ve bu bir temyiz sebebidir. Malvarlığı haklarına ilişkin uyuşmazlıklarda, taraflar yabancı hukukun içeriği bakımından kendilerine yüklenilen ispat ödevini¹⁶⁴⁵ yerine getirmesine rağmen, alt derece mahkemesi yabancı hukukun içeriğinin ispatında aşırıya kaçarak haksız bir şekilde kendisine sunulan delillerle tatmin olmamışsa ve dolayısıyla haksız bir şekilde yabancı hukukun içeriğinin ispatının sağlanamadığını kabul ederek İsviçre hukukunu uygulamışsa, bu durum da bir temyiz sebebi olarak ileri sürülebilir (İFMK m. 95/a ve 96/a)¹⁶⁴⁶. Yabancı hukuk eksik tespit edilmişse veya kısmi olarak uygulanmışsa yahut haksız bir şekilde kamu düzeni gerekçesiyle yabancı hukuk yerine İsviçre hukukunu uygulamışsa İMÖHUK m. 16 ihlal edilmiş olur ve taraflar bu sebepten dolayı da temyize başvurabilirler¹⁶⁴⁷. Ayrıca, İMÖHUK uyarınca taraflara hukuk seçimi yapma yetkisinin verilip verilmediği, böyle yetki verilip taraflarca kullanıldığı takdirde mahkemenin bu seçimi dikkate alıp almadığı da temyiz mahkemesince denetlenir¹⁶⁴⁸.

Yabancı hukukun yanlış uygulanması nedeniyle yapılacak temyiz denetiminde, uyuşmazlığın malvarlığı haklarına¹⁶⁴⁹ ilişkin olup olmadığı önem arz eder. Taraflar doğru yabancı hukukun yanlış uygulandığını sadece malvarlığı haklarına ilişkin olmayan davalar bakımından ileri sürebilirler. Malvarlığı haklarına ilişkin davalar bakımından ise tarafların,

¹⁶⁴⁵ Bu bağlamda taraflara yüklenecek ispat ödevinin (*Nachweispflicht*) kapsamına, yabancı hukukun kaynaklarının (ilgili yasal düzenlemelerin), yabancı literatürün (özellikle şerhlerin) ve kararların gösterilmesi dahildir. Bu ödev yalnızca yabancı hukukun içeriğinin tespitine ilişkin olup, yabancı hukukun uygulanması hâkimin görevidir. BGE 119 II 93, 94 (E. 2.c.bb); **BSK IPRG – Schnyder/Vasella**, Art. 72 ff. BGG, Kn. 25.

¹⁶⁴⁶ **HAP Bundesgericht – Münch/Luczak**, § 2, Kn. 2.73-2.76; **BSK IPRG – Schnyder/Vasella**, Art. 72 ff. BGG, Kn. 25; **BSK BGG – Schott**, Art. 96, Kn.7; Staehelin/Staehelin/Grolimund – **Staehelin/Bachofner**, § 27, Kn. 33; **CHK IPRG – Buhr/Gabriel/Schramm**, Art. 16, Kn. 16; **Meyer**, Bundesgericht, s. 855, Kn. 5.3.

¹⁶⁴⁷ **BSK BGG – Schott**, Art. 96, Kn. 9; **SHK BGG – Güngerich**, Art. 96, Kn. 8; Staehelin/Staehelin/Grolimund – **Staehelin/Bachofner**, § 27, Kn. 34; BGE 126 III 492, 494 (E.3.c); BGE 128 III 201, 204 (E.1.a).

¹⁶⁴⁸ **BSK IPRG – Schnyder/Vasella**, Art. 72 ff. BGG, Kn. 28; **BSK BGG – Schott**, Art. 96, Kn.8; **SHK BGG – Güngerich**, Art. 96, Kn. 7; BGE 126 III 492, 493 (E.3.a).

¹⁶⁴⁹ Malvarlığı kavramı geniş kapsamlı olarak anlaşılır ve taraflar arasında ekonomik/maddi değeri olan her uyuşmazlık bu kapsamda kabul edilir. **BSK IPRG – Schnyder/Vasella**, Art. 72 ff. BGG, Kn. 35; **BSK BGG – Schott**, Art. 96, Kn. 14; **ZK IPRG – Girsberger/Furrer**, Art. 16, Kn. 31; **CHK IPRG – Buhr/Gabriel/Schramm**, Art. 16, Kn. 11.

kural olarak, yabancı hukukun yanlış uygulandığını ileri sürerek temyize başvurusu mümkün değildir (İFMK m. 96/b)¹⁶⁵⁰. Bununla beraber, malvarlığı haklarına ilişkin davalarda bakımından taraflar, yabancı hukukun yanlış uygulanmasına karşı anayasal haklarının ve özellikle de keyfilik yasağının ihlal edildiği gerekçesiyle temyize başvurabilirler. Dolayısıyla temyiz mahkemesi, malvarlığı haklarına ilişkin olmayan davalar bakımından yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığını serbestçe denetleyebilir. Ancak malvarlığına ilişkin davalar bakımından temyiz mahkemesi yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığını yalnızca keyfilik yasağı çerçevesinde denetleyebilir¹⁶⁵¹.

7. Keyfi Hukuk Uygulaması

İsviçre hukukunda Federal Mahkemece gerçekleştirilen temyiz denetiminde keyfilik yasağı (İFAY m. 9) önemli bir ölçüt olarak kullanılmaktadır. İstinaf kanun yolundan farklı olarak temyiz kanun yoluna taraflar, kantonal hukukun uygulanmasına, ihtiyati tedbirlere ilişkin kararlara ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda yabancı hukukun uygulanmasına karşı basit hukuka aykırılıklardan dolayı başvuramazlar. Ancak bu hususlarda açık hukuka aykırılıklar, yani keyfilik söz konusu ise, taraflar temyiz mahkemesine başvurabilirler ve temyiz mahkemesi bu konularda sadece keyfi bir hukuk uygulaması (*willkürliche Rechtsanwendung*) olup olmadığını denetleyebilir^{1652/1653}.

Federal Mahkemenin yerleşik içtihatlarına göre, itiraz edilen karar, aşıkâr bir şekilde savunulamaz nitelikte ise, fiili durum ile açıkça çelişiyorsa, bir hukuk normunu veya tartışmasız bir hukuk ilkesini ağır bir şekilde ihlal ediyorsa yahut şok edici bir şekilde adalet düşüncesiyle ters düşüyorsa, keyfi hukuk uygulaması söz konusu olur. Bununla birlikte, Federal Mahkeme bir kararı, sadece gerekçelerinin değil, aynı zaman da sonucunun da savunulamaz nitelikte olması halinde bozar. Dolayısıyla başka bir çözümün haklı veya daha uygun görünmesi yahut

¹⁶⁵⁰ BSK BGG – Schott, Art. 96, Kn.10 ve 15; BSK IPRG – Schnyder/Vasella, Art. 72 ff. BGG, Kn. 34; CHK IPRG – Buhr/Gabriel/Schramm, Art. 16, Kn. 27; BGer. 4A_401/2011, 18.1.2012 (E.2.2).

¹⁶⁵¹ HAP Bundesgericht – Münch/Luczak, § 2, Kn. 2.77; BSK IPRG – Schnyder/Vasella, Art. 72 ff. BGG, Kn. 34 ve 37; ZK IPRG – Girsberger/Furrer, Art. 16, Kn. 94-95; Staehelin/Staehelin/Grolimund – Staehelin/Bachofner, § 27, Kn. 34; BSK BGG – Schott, Art. 96, Kn.15; SHK BGG – Güngerich, Art. 96, Kn. 14-15; CHK IPRG – Buhr/Gabriel/Schramm, Art. 16, Kn. 27; Meyer, Bundesgericht, s. 855, Kn. 5.3; Leuenberger/Uffer-Tobler, s. 471, Kn. 12.127; BGE 138 III 489, 495 (E.4.3); BGer. 4A_154/2018, 09.07.2018 (E.1.1) ; BGer. 5A_58/2019, 25.9.2019, (E.1.2).

¹⁶⁵² BGer. 5A_723/2017, 17.12.2018 (E.1.2); von Werdt, Kn. 934.

¹⁶⁵³ Ek olarak, mahkemeler her durumda, federal anayasadan kaynaklanan temel yargılama güvencelerine ve özellikle de hukuki dinlenilme hakkına uygun hareket etmek zorundadır. Federal Mahkeme bu asgari garantilerin ihlal edilip edilmediğini serbest bir şekilde denetleme yetkisine sahiptir (BGE 126 I 19, 22 (E.2.a)). Ayrıca bkz. von Werdt, s. 197 vd.

tercih edilebilir olması, kararın bozulması için yeterli değildir¹⁶⁵⁴. İlâveten, alt derece mahkemesinin iyi bir sebebi olmaksızın kendi uygulamasından ve Federal Mahkemenin içtihatlarından farklı bir karar vermesi de keyfi hukuk uygulaması oluşturur. Bu halde keyfilik, ilgili kantonal düzenlemelerin yorumuna ilişkin olmayıp, mahkemenin uygulama değişikliği için gerekli olan temel ilkeleri¹⁶⁵⁵ göz ardı ederek yerleşik uygulamasından sapmasından kaynaklanmaktadır¹⁶⁵⁶.

C. Hatalı Vakıa Tespitleri

1. Fiili Mesele – Hukuki Mesele Ayrımı

Fiili mesele – hukuki mesele ayrımı temyiz denetimi bakımından belirleyici bir önem arz eder. Zira temyiz mahkemesi, kural olarak, alt derece mahkemesinin fiili meselelere ilişkin tespitleri ile bağlıdır (İFMK m. 97/I, m. 105/I)¹⁶⁵⁷. Temyiz mahkemesi, hukuki meseleleri serbestçe denetleyebildiği halde, fiili meseleleri sadece sınırlı bir çerçevede denetleyebilir¹⁶⁵⁸.

Fiili mesele, hukuken önemli olan vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Hukuki mesele ise, vakıaların hukuki değerlendirmesi, tespit edilen vakıalara hukukun uygulanmasıdır¹⁶⁵⁹. Dolayısıyla, bir hukuk normunun anlamını tespit etmek, yani anayasa, yasa, tüzük ve yönetmelikleri yorumlamak, belirsiz hukuk kavramlarını somutlaştırmak ve vakıalara ilgili hukuk normunu altlamak bir hukuki meseledir¹⁶⁶⁰. Fiili meseleler, ilgili meselenin bağlayıcı tespiti için ispat faaliyetinin gerçekleştirilebildiği hallerde söz konusu olur, yani fiili meselelerin tespiti düzenli olarak tarafların iddialarına ve ihtilafına dayanır. Çünkü, kural olarak, yalnızca taraflarca ileri sürülen ve tarafların üzerinde anlaşamadıkları vakıalar hakkında delil ikamesi yapılır. Buna karşılık hukuk, taraflarca iddia edilmese bile uygulanır ve

¹⁶⁵⁴ BGE 134 II 124, 133 (E.4.1); BGE 138 I 305, 319 (E.4.3); BGE 140 III 167, 168 (E.2.1); BGer. 4A_324/2012, 24.09.2012 (E.1.5); BGer. 5A_723/2017, 17.12.2018 (E.1.3).

¹⁶⁵⁵ Mahkemeler, hukukun farklı bir şekilde uygulanmasının, yasanın anlamına veya değişen koşullara göre daha uygun olacağı sonucuna varırlarsa, önceki uygulamalarını değiştirebilirler. Ancak bunun için mahkemenin ciddi nesnel sebeplere dayanması gerekir. Mahkemenin önceki uygulaması ne kadar uzun süreli devam etmişse, bu sebeplerin de o ölçüde ağır olması gerekir. BGE 133 III 335, 338 (E. 2.3).

¹⁶⁵⁶ BGer. 4A_172/2007, 13.08.2007 (E. 2.5); BGE 135 III 235, 237 (E.2.4); von Werdt, s. 219, Kn. 938.

¹⁶⁵⁷ Guldener, s. 478; Däniken, s. 1-7; Staehelin/Staehelin/Grolimund – Staehelin/Bachofner, § 27, Kn. 35; Vogel/Spühler/Gehri, s. 390-391; SHK BGG – von Werdt, Art. 105, Kn. 4; Leuenberger/Uffer-Tobler, s. 432, Kn. 12.21.

¹⁶⁵⁸ BGE 128 II 145, 152 (E.2.3); BGer. 5A_30/2014, 15.04.2014 (E.3.3).

¹⁶⁵⁹ Vogel/Spühler/Gehri, s. 392; Leuenberger/Uffer-Tobler, s. 432, Kn. 12.22; SHK BGG – von Werdt, Art. 105, Kn. 7.

¹⁶⁶⁰ BSK BGG – Dormann, Johanna, Art. 105, Kn. 35a; BSK BGG – Schott, Art. 95, Kn. 28.

kural olarak hukuki meseleler hakkında delil ikamesi gerçekleştirilmez¹⁶⁶¹. Bununla beraber, fiili ve hukuki meseleler düzenli olarak birbiriyle sıkı bir şekilde bağlantılıdır ve doğrudan ilişkidir. Bazı durumlarda bu ayrımı yapmak oldukça zordur. Öğreti¹⁶⁶² ve Federal Mahkemece fiili – hukuki mesele ayrımının şüpheli olduğu durumlara ilişkin yapılan değerlendirmeler şu şekildedir¹⁶⁶³;

– Delillerin değerlendirilmesi; hipotetik olarak delillerin önceden değerlendirilmesi¹⁶⁶⁴, emarelerin ve bilirkişi görüşlerinin değerlendirilmesi (ve bunlardan çıkarılan sonuçlar) de dahil olmak üzere, delillerin değerlendirilmesi bir fiili meseledir¹⁶⁶⁵. Bununla birlikte, somut delil değerlendirmesinde hâkime takdir yetkisinin tanınıp tanınmadığı¹⁶⁶⁶ ve ispat hukukuna ilişkin kuralların ihlal edilip edilmediği hukuki meseledir¹⁶⁶⁷.

– Tecrübe kuralları; mahkemenin yalnızca genel hayat tecrübesine dayalı olarak yapmış olduğu tespitler hukuki meseledir. Bu bağlamda genel hayat tecrübesi ile kastedilen, onu oluşturan vakılardan bağımsız hale gelen, genel olarak gelecekteki benzer durumlar için de geçerli olan ve böylelikle bir soyutluk derecesine ulaşan normatif nitelikte tecrübe kurallarıdır¹⁶⁶⁸. İrade beyanlarının yorumunda, dürüstlük kuralına ayrılığın belirlenmesinde veya örf ve adet hukukunun varlığının tespitinde tecrübe kurallarının dikkate alınması hukuki meseledir¹⁶⁶⁹. Buna karşılık, mahkemenin yapmış olduğu tespitler yalnızca tecrübe kuralına dayanmıyorsa, mahkeme tecrübe kuralına sadece somut olaydaki bütün koşullardan veya ispatlanan emarelerden belli bir vakıayı tespit etmek için başvurmuşsa, bu durum delillerin

¹⁶⁶¹ **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 7 ve 24.

¹⁶⁶² **Vogel/Spühler/Gehri**, s. 392-393; **Däniken**, s. 140 - 144; **Messmer/Imboden**, s. 127-136; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s 432, Kn. 12.23-12.27; **Stachelin/Stachelin/Grolimund – Stachelin/Bachofner**, § 27, Kn. 35; **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 29-30; **HAP Bundesgericht – Münch/Luczak**, § 2, Kn. 2.48-2.55; **BSK BGG – Dormann**, Art. 105, Kn. 34-35.

¹⁶⁶³ Bu konuda ayrıca bkz. § 6/III.

¹⁶⁶⁴ *antizipierte Beweiswürdigung*

¹⁶⁶⁵ **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s 432, Kn. 12.23; **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 29; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 25; **BSK BGG – Dormann**, Art. 105, Kn. 34a; BGE 134 I 140, 148 (E.5.3); BGE 122 III 219, 223 (E.3c); BGE 102 II 7, 10 (E.2).

¹⁶⁶⁶ **Guldener**, s. 483; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 25.

¹⁶⁶⁷ **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s 432, Kn. 12.23; **BSK BGG – Dormann**, Art. 105, Kn. 35c.

¹⁶⁶⁸ **Messmer/Imboden**, s. 129-130; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, s 432, Kn. 12.24; **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 30; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 8; **HAP Bundesgericht – Münch/Luczak**, § 2, Kn. 2.49; **BSK BGG – Dormann**, Art. 105, Kn. 35a; BGE 140 III 115, 117 (E.2); BGE 132 III 305, 311 (E.3.5); BGE 115 II 440, 449 (E.5b); BGE 132 V 393, 398 (E.3.2).

¹⁶⁶⁹ **Habscheid**, s. 489.

değerlendirilmesi kapsamında yer alır ve dolayısıyla bir fiili meseledir (örneğin muhtemel gelirin tespiti gibi)¹⁶⁷⁰.

– İrade beyanları; tarafların iç (gerçek) iradelerinin tespiti, bir fiili meseledir. Ancak tarafların irade beyanlarının güven ilkesine göre yorumu, bir hukuki meseledir. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin sübjektif yorumu, yani tarafların gerçek iradelerinin tespiti fiili meseledir. Buna karşılık, sözleşmenin objektif yorumu hukuki meseledir. Ayrıca, sözleşmenin sübjektif yorumunun objektif yoruma göre önceliği de bir hukuki meseledir¹⁶⁷¹.

– Belli bir sektörde yahut belirli bir bölgede geçerli teamülün/örf ve adetin mevcut olup olmadığının tespiti, fiili meseledir. Buna karşılık ispatlanan sektörel veya yerel teamülün somut olayda hukuken önemli olup olmadığı hukuki meseledir¹⁶⁷².

– Bir kişinin bilgisinin, iradesinin ve kastının tespiti fiili meseledir¹⁶⁷³. Bununla beraber, irade beyanlarının güven ilkesi çerçevesinde yorumu hukuki meseledir¹⁶⁷⁴.

– Ölüme bağlı tasarruflar; kendisinden miras bırakanın iradesinin çıkarabileceği vakıaların tespiti fiili meseledir. Buna karşılık, tespit edilen bu vakılardan miras bırakanın belli bir (iç) iradesinin çıkarılıp çıkarılamayacağı hukuki meseledir. Başka bir deyişle, sözleşmelerin yorumunun aksine vasiyetnamelerde, miras bırakanın iç iradesinin ve motivasyonunun tespiti de hukuki meseledir. Ayrıca, ölüme bağlı tasarrufun hayat tecrübeleri temelinde doğru bir şekilde yorumlanıp yorumlanmadığı ve miras bırakanın bu tasarrufu ile ne istediği hukuki meseledir¹⁶⁷⁵.

¹⁶⁷⁰ Leuenberger/Uffer-Tobler, s. 432, Kn. 12.24; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 25; BSK BGG – Dormann, Art. 105, Kn. 34a; BGE 126 III 10, 13 (E. 2b); BGer. 4A_258/2012, 8.4.2013 (E. 3.2).

¹⁶⁷¹ Vogel/Spühler/Gehri, s. 392; Messmer/Imboden, s. 131-132; Habscheid, s. 489; Leuenberger/Uffer-Tobler, s. 432, Kn. 12.26; BSK BGG – Schott, Art. 95, Kn. 29-30; Staehelin/Staehelin/Grolimund – Staehelin/Bachofner, § 27, Kn. 35; HAP Bundesgericht – Münch/Luczak, § 2, Kn. 2.52; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 9; BSK BGG – Dormann, Art. 105, Kn. 35a; BGE 121 III 118, 123 (E.4b); BGE 118 II 365 (E.1); BGE 117 II 273, 278 (E.5a).

¹⁶⁷² Messmer/Imboden, s. 130; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 25; BGE 88 II 350, 360 (E.2b); BGE 86 II 256, 257; BGE 113 II 25, 27 (E.1a). Karş. Guldener, s. 480.

¹⁶⁷³ BSK BGG – Schott, Art. 95, Kn. 29; Messmer/Imboden, s. 132-133; HAP Bundesgericht – Münch/Luczak, § 2, Kn. 2.52; Staehelin/Staehelin/Grolimund – Staehelin/Bachofner, § 27, Kn. 35; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 26; BSK BGG – Dormann, Art. 105, Kn. 34a.

¹⁶⁷⁴ BGE 122 V 221, 223 (E.3); BSK BGG – Schott, Art. 95, Kn. 30; Habscheid, s. 489.

¹⁶⁷⁵ Vogel/Spühler/Gehri, s. 393; HAP Bundesgericht – Münch/Luczak, § 2, Kn. 2.53; ZPO Komm – Reetz/Theiler, Art. 310, Kn. 26; BGE 90 II 476, 480 (E.3); BGE 100 II 440, 446 (E.6); BGE 115 II 323, 325 (E.1a). Karş. Guldener, s. 481.

– Gelecekteki olaylara ilişkin tahminler ve hipotetik/varsayımsal hayat olaylarının değerlendirilmesi (*Beurteilung hypothetischer Geschehensabläufe*)¹⁶⁷⁶, fiili meseledir¹⁶⁷⁷. İspat yükü (örneğin hangi tarafın ispat yükü altında olduğu)¹⁶⁷⁸ ve ispat ölçüsü ise (söz gelimi bazı durumlarda ispat ölçüsünün belli bir olasılık derecesine (*Wahrscheinlichkeitsgrad*) düşürülmesi)¹⁶⁷⁹ hukuki meseledir¹⁶⁸⁰.

2. Açıkça Hatalı/Keyfi Vakıa Tespitleri

Temyiz mahkemesi, bir hukuki denetim mahkemesi olduğundan, kural olarak alt derece mahkemelerince gerçekleştirilen vakıa tespitleri (ve dolayısıyla fiili meseleler) ile bağlıdır (İFMK m. 105/I)¹⁶⁸¹. Bununla beraber, taraflar İFMK m. 97’de öngörülen şartlarda, alt derece mahkemesince yapılan vakıa tespitlerine itiraz edebilirler. Buna göre, vakıa tespitlerine karşı, bu tespitler açıkça hatalı ise veya bir hukuka aykırılığa (İFMK m. 95 anlamında) dayanıyorsa ve bu hatanın giderilmesi yargılamanın sonucu için belirleyici nitelikte olabilecekse, itiraz edilebilir (İFMK m. 97)¹⁶⁸².

Vakıa tespitlerine karşı ileri sürülebilecek ilk temyiz sebebi, vakıa tespitlerinin açıkça hatalı olduğudur. Bir vakıa tespitinin isabetsiz olduğuna yönelik şüphenin ortaya çıkması, onun açıkça hatalı olduğunu göstermez. Açık hata, yalnızca söz konusu vakıa tespitinin net ve bariz

¹⁶⁷⁶ BGE 115 II 440, 445 (E.4b).

¹⁶⁷⁷ **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 29; **BSK BGG – Dormann**, Art. 105, Kn. 34a; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 26.

¹⁶⁷⁸ BGer. 4A_216/2008, 20.08.2008 (E.4.29).

¹⁶⁷⁹ BGE 122 III 219, 222 (E.3b).

¹⁶⁸⁰ **Guldener**, s. 479, dp. 14; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 9; **BSK BGG – Schott**, Art. 95, Kn. 30; **BSK BGG – Dormann**, Art. 105, Kn. 35c.

¹⁶⁸¹ **BSK BGG – Schott**, Art. 97, Kn. 2; **Meyer**, Bundesgericht, s. 856, Kn. 5.4.

¹⁶⁸² Buna paralel olarak İFMK m. 105’e göre, temyiz mahkemesi kararını alt derece mahkemesince tespit edilen vakıalara dayandırır (İFMK m. 105/I). Alt derece mahkemesince tespit edilen vakıalar açıkça hatalı ise veya bir hukuka aykırılığa dayanıyorsa (İFMK m. 95 anlamında), temyiz mahkemesi bunları re’sen düzeltebilir veya tamamlayabilir (İFMK m. 105/II). İFMK m. 97, nelerin temyiz mahkemesinde vakıa tespitlerine karşı itiraz sebebi olarak ileri sürülebileceğini düzenler. İFMK m. 105’de ise temyiz mahkemesinin ne zaman vakıaları düzeltebileceği veya tamamlayabileceği düzenlenmiştir. Birbiriyle sıkı bağlantı içerisinde olan bu iki düzenleme birlikte yorumlanmaktadır (**Spühler/Vock**, s. 107; **BGG DIKE – Spühler**, Art. 105, Kn. 1). Federal Mahkemece vakıaların re’sen düzeltilmesi veya tamamlanması bir istisnadır. Federal Mahkemenin kendiliğinden vakıa tespitlerini tamamlaması esas itibarıyla, federal hukukun uygulanması için gerekli olan bütün önemli vakıaların alt derece mahkemesince tespit edilmemesi ve bu eksik vakıaların dava dosyasından kolayca anlaşılan veya herkesçe bilinen vakıalar olmaları hallerinde uygulama alanı bulur. Vakıa tespitlerinin re’sen düzeltilmesi ise, Federal Mahkemenin doğrudan gözüne çarpan açıkça hatalı vakıa tespitlerinde söz konusu olur. Federal Mahkeme, mahkemece bilinen vakıalara, İFMK m. 99 uyarınca caiz olan yeni beyanlara ve gerektiğinde son derece istisnai olarak yeni delil ikamesine göre vakıaları düzeltebilir veya tamamlayabilir (**BSK BGG – Dormann**, Art. 105, Kn. 62; **SHK BGG – von Werdt**, Art. 105, Kn. 10-12; **HAP Bundesgericht – Münch/Luczak**, § 2, Kn. 2.58; **Schwander**, s. 119-120).

bir şekilde isabetsiz olduğu hallerde söz konusu olur¹⁶⁸³. Dolayısıyla burada varlığı gerekli olan hata, nitelikli hatadır. Yani, mahkemenin yapmış olduğu vakıa tespiti, kararını dayandırdığı fiili (gerçek) koşullardan açıkça sapmalıdır¹⁶⁸⁴. Bu bağlamda açık hatalar pratikte, keyfi vakıa tespitleri yapılması halinde ortaya çıkar¹⁶⁸⁵. Keyfi vakıa tespitleri temelde şu hallerde ortaya çıkar;

– Bir vakıa tespiti aşık bir şekilde savunulmaz nitelikte ise, fiili durum ile açıkça çelişiyorsa veya aşık bir hataya dayanıyorsa¹⁶⁸⁶ veya çözülemez çelişkiler içeriyorsa¹⁶⁸⁷ keyfi vakıa tespiti söz konusu olur¹⁶⁸⁸.

– Delil değerlendirmesi; mahkeme, bir delilin anlamını ve kapsamını açıkça yanlış değerlendirmişse (örneğin, bir belgeyi dava dosyasına aykırı bir şekilde yorumlamışsa) veya karar bakımından önemli bir delili nesnel bir neden olmaksızın göz ardı etmişse (söz gelimi tarafın iş göremezlik durumunu ispatlamaya elverişli tıbbi raporunu gerekçesiz bir şekilde dikkate almamışsa) veya tespit edilen vakılardan savunulamaz bir sonuç çıkardıysa¹⁶⁸⁹ veya delil değerlendirmesi şok edici bir şekilde adalet düşüncesiyle ters düşüyorsa¹⁶⁹⁰ veya mahkeme sadece taraflardan biri lehine tek taraflı delil değerlendirmesi yapmışsa, yani mahkeme tek taraflı bir delili dikkate alıp, aksi yönde sonuç doğurabilecek delilleri dikkate almamışsa keyfi delil değerlendirmesi söz konusu olur¹⁶⁹¹. Bununla beraber, vakıa hâkiminin çıkardığı sonuçların temyiz başvurusunun sunumuyla örtüşmemesi keyfilik anlamına gelmez¹⁶⁹². Ayrıca, temyiz mahkemesi delil değerlendirmesinden başka bir sonuç çıkarmış olsa bile, alt

¹⁶⁸³ BGE 132 I 42, 44 (E.3.1).

¹⁶⁸⁴ **BSK BGG – Schott**, Art. 97, Kn. 9; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 29.

¹⁶⁸⁵ Staehelin/Staehelin/Grolimund – **Staehelin/Bachofner**, § 27, Kn. 35a; **BSK BGG – Schott**, Art. 97, Kn. 10; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 29; **BGG DIKE – Spühler**, Art. 97, Kn. 4; **SHK BGG – Seiler**, Art. 97, Kn. 9; **Spühler/Vock**, s. 99; **Meyer**, Bundesgericht, s. 856, Kn. 5.4; BGE 133 II 249, 252 (E.1.2.2); BGE 140 III 264, 266 (E.2.3); BGer. 4A_366/2017, 17.5.2018 (E.2).

¹⁶⁸⁶ BGE 129 I 173, 178 (E. 3.1).

¹⁶⁸⁷ BGE 124 II 103, 105 (E.1a).

¹⁶⁸⁸ **Staehelin/Staehelin/Grolimund – Staehelin/Bachofner**, § 27, Kn. 35a; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 30.

¹⁶⁸⁹ BGE 140 III 264, 266 (E.2.3); BGer. 5A_423/2007, 05.12.2007 (E.6.1); **von Werdt**, s. 212, Kn.912.

¹⁶⁹⁰ BGE 116 Ia 85, 88 (E.2b); **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 30.

¹⁶⁹¹ **BSK BGG – Schott**, Art. 97, Kn. 11; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 30; **Schwander**, s. 118; Staehelin/Staehelin/Grolimund – **Staehelin/Bachofner**, § 27, Kn. 35a; **HAP Bundesgericht – Münch/Luczak**, § 2, Kn. 2.67; **SHK BGG – von Werdt**, Art. 105, Kn. 16; BGer. 5P.473/2002, 19.03.2003 (E.3).

¹⁶⁹² BGE 140 III 264, 266 (E.2.3); BGer. 5A_423/2007, 05.12.2007 (E.6.1).

derece mahkemesinin delil değerlendirmesi savunulabilir nitelikte ise keyfi delil değerlendirmesi söz konusu olmaz¹⁶⁹³.

– Mahkemenin, zorunlu olarak uzmanlık bilgisi gerektirdiğinden dolayı yalnızca bilirkişi raporuna dayanılarak hakkında karar verilebilen bir fiili mesele hakkında kendisinin karar vermesi¹⁶⁹⁴ veya herhangi bir neden göstermeksizin bilirkişi raporundan sapması¹⁶⁹⁵ ya da herhangi bir inceleme/araştırma yapmaksızın kesin olmayan bir bilirkişi raporuna dayanması¹⁶⁹⁶ vakıa tespitlerinde keyfilik olarak kabul edilir¹⁶⁹⁷. Buna karşılık, mahkemenin, savunulabilir/makul nedenlerden dolayı birbiriyle çelişen iki bilirkişi raporundan birine dayanması keyfilik olarak kabul edilmez¹⁶⁹⁸.

– Dava dosyasına aykırı olarak yapılan vakıa tespitleri de keyfi vakıa tespitleri olarak kabul edilir¹⁶⁹⁹. İtiraz edilen fiili tespitler, dava dosyasının içeriğini veya taraf beyanlarını hatalı bir şekilde ortaya koyuyorsa ve bu nedenle de tespitlerin bariz hatalı olduğu belli oluyorsa, dava dosyasına aykırılık söz konusu olur¹⁷⁰⁰. Buna göre, mahkeme karar bakımından önemli olan dava dosyasının bir bölümünü hiç dikkate almamışsa veya gerçek olmayan (örneğin ifade metnini yanlış) bir şekilde dikkate almışsa, dava dosyasına aykırılık gerçekleşir¹⁷⁰¹. Ayrıca, mahkeme, ispata muhtaç bir vakıayı, dava dosyasında bu konuda herhangi bir bilgi olmamasına

¹⁶⁹³ **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 30; **HAP Bundesgericht – Münch/Luczak**, § 2, Kn. 2.67.

¹⁶⁹⁴ BGE 132 III 83, 88 (E.3.5).

¹⁶⁹⁵ Uzmanlık bilgisi gerektiren meselelerde mahkeme ikna edici sebepler olmaksızın bilirkişi raporundan sapamaz. Ayrıca, mahkeme bilirkişi raporundan sapmasını gerekçelendirmek zorundadır. Bilirkişi raporunun ikna ediciliği koşullar tarafından ciddi bir şekilde sarsılmışsa mahkeme bilirkişi raporundan sapabilir ve bu durum keyfilik olarak değerlendirilemez. Buna karşılık, mahkeme, bilirkişi raporunun doğruluğu konusunda şüphesi varsa ve buna rağmen bu şüpheleri gidermek için ek bir açıklama yapılmasını istememişse, bu durum keyfiliğe neden olabilir. BGE 130 I 337, 345 (E.5.4.2).

¹⁶⁹⁶ Mahkeme kural olarak bilirkişi raporunu serbest bir şekilde değerlendirir. Ancak, önemli, sağlam bir şekilde gerekçelendirilmiş vakıaların veya emarelerin inandırıcılık kuvvetini ciddi bir şekilde zayıflattığı bilirkişi raporunun dikkate alınması keyfilik yasağını ihlal edebilir. BGE 129 I 49, 57 (E.4).

¹⁶⁹⁷ **BSK BGG – Schott**, Art. 97, Kn. 11; **von Werdt**, s. 218, Kn. 931; **HAP Bundesgericht – Münch/Luczak**, § 2, Kn. 2.70; **Stahelin/Stahelin/Grolimund – Stahelin/Bachofner**, § 27, Kn. 35a; **Schwander**, s. 118; **Reetz/Zanetti**, s. 73.

¹⁶⁹⁸ BGE 132 V 393, 399 (E.4.1); **BSK BGG – Schott**, Art. 97, Kn. 11.

¹⁶⁹⁹ **BSK BGG – Schott**, Art. 97, Kn. 11; **Stahelin/Stahelin/Grolimund – Stahelin/Bachofner**, § 27, Kn. 35a; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 30; **HAP Bundesgericht – Münch/Luczak**, § 2, Kn. 2.65; **Schwander**, s. 117; **Messmer/Imboden**, s. 137; BGer. 9C_44/2008, 15.04.2008 (E.4); BGE 104 II 68, 74 (E.3b).

¹⁷⁰⁰ **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 30; **HAP Bundesgericht – Münch/Luczak**, § 2, Kn. 2.65; **Schwander**, s. 117.

¹⁷⁰¹ **Guldener**, s. 523; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 30; **HAP Bundesgericht – Münch/Luczak**, § 2, Kn. 2.65; **Messmer/Imboden**, s. 138; **SHK BGG – von Werdt**, Art. 105, Kn. 21; **Reetz/Zanetti**, s. 73; BGE 99 II 324, 325 (E.1a); BGE 104 II 68, 74 (E.3b); BGE 131 I 45, 49 (E.3.6).

rağmen ispatlanmış olarak kabul etmişse¹⁷⁰² veya çekişmeli bir vakıayı çekişmesiz olarak nitelendirmişse (ki bu durum aynı zamanda ispat yüküne ilişkin İMK m. 8'e aykırılık teşkil eder¹⁷⁰³) dava dosyasına aykırılık söz konusu olur. Sonuç olarak, davanın hukuki değerlendirmesi için önemli olan bir fiili kabulün, dava dosyasının bir bölümü ile ciddi bir çelişki içerisinde olduğu her durumda dava dosyasında aykırılık mevcut olur¹⁷⁰⁴.

Dava dosyasına aykırılık ile keyfi delil değerlendirilmesi birbirinden farklıdır. Dava dosyasına aykırılık, hâkimin delil değerlendirmesinde hatalı vakıa önermelerinden hareket etmesi halinde söz konusu olur. Dava dosyasına aykırılıkta keyfilik itirazının konusu, delil değerlendirmesinin sonucu ve delil değerlendirmesindeki değer hükmü değil, dava dosyası yoluyla tartışmasız bir şekilde aksi ispatlanmış/çürütülmüş vakıa tespitleridir¹⁷⁰⁵.

3. Hukuka Aykırı Vakıa Tespitleri

Vakıa tespitlerine karşı ileri sürülebilecek ikinci temyiz sebebi, vakıa tespitlerinin bir hukuka aykırılığa dayandığıdır (İFMK m. 97/I). Bu durum tipik olarak vakıa tespitlerinin federal usul (özellikle de ispat) kurallarına aykırı bir şekilde gerçekleştirilmesi halinde söz konusu olur. Bu bağlamda taraflar, alt derece mahkemesinin vakıa tespitlerine karşı, hukuki dinlenilme hakkının (açıklama ve ispat hakkının, dosya ile ilgili bilgi sahibi olunması hakkının, mahkemenin açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesi ve kararını gerekçelendirmesi ödevinin)¹⁷⁰⁶, vakıa tespitlerine yönelik usul ilkelerinin (re'sen araştırma, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin), delillerin değerlendirilmesine ilişkin kuralların, ispat yükü ve ispat yükünün dağılımına ilişkin kuralların, ispat ölçüsünün, hâkimin soru sorma ödevine ilişkin kuralın veya tecrübe kurallarının ihlal edildiğini ileri sürerek temyiz kanun yoluna başvurabilirler¹⁷⁰⁷.

¹⁷⁰² BGE 131 I 45, 49 (E.3.6); BGer. 4A_424/2011, 02.11.2011 (E.2.1).

¹⁷⁰³ BGE 130 III 591, 601 (E.5.4); BGE 133 III 295, 299 (E.7.1).

¹⁷⁰⁴ **Messmer/Imboden**, s. 138; **ZPO Komm – Reetz/Theiler**, Art. 310, Kn. 30; **Schwander**, s. 117; **Reetz/Zanetti**, s. 73; **SHK BGG – von Werdt**, Art. 105, Kn. 21; BGE 131 I 45, 49 (E.3.6); BGer. 4A_424/2011, 02.11.2011 (E.2.1).

¹⁷⁰⁵ BGE 131 I 45, 49 (E.3.6); BGer. 4A_424/2011, 02.11.2011 (E.2.1); **Guldener**, s. 523; **Schwander**, s. 117-118.

¹⁷⁰⁶ Detaylı olarak bkz. **von Werdt**, s. 197 vd.

¹⁷⁰⁷ **von Werdt**, s. 214-215; **BSK BGG – Schott**, Art. 97, Kn. 18; **BSK BGG – Dormann**, Art. 105, Kn. 60; **Stahelin/Stahelin/Grolimund – Stahelin/Bachofner**, § 27, Kn. 35a; **SHK BGG – Seiler**, Art. 97, Kn. 10-11; **Spühler/Vock**, s. 100; **BGG DIKE – Spühler**, Art. 97, Kn. 6; **Messmer/Imboden**, s. 140-145; **HAP Bundesgericht – Münch/Luczak**, § 2, Kn. 2.58-2.64; **Meyer**, Bundesgericht, s. 857, Kn. 5.4.3; **Meier**, sZPO, s. 498.

İlaveten taraflar, eksik vakıa tespitlerine karşı, bu eksiklik maddi hukuka aykırılığa neden oluyorsa, itiraz edebilirler. Yani, alt derece mahkemesi, maddi hukuk kuralının uygulanması için zorunlu olan bütün önemli vakıaları tespit etmemişse, eksik vakıa tespiti maddi hukuka aykırılığa neden olur ve bu husus bir temyiz sebebi teşkil eder (İFMK m. 95)¹⁷⁰⁸. Bu ihtimalde, bir hukuka aykırılığa dayanan vakıa tespiti değil, bir hukuk kuralının uygulanması için gerekli olan vakıaların hiç tespit edilmemesi veya eksik tespit edilmesi söz konusudur. Bu durum özellikle, alt derece mahkemesinin hukuki bakış açısına göre önemli kabul etmediği ve bu nedenle de tespit etmediği vakıaların, temyiz mahkemesinin hukuki bakışına göre önemli olduğu hallerde söz konusu olur¹⁷⁰⁹.

¹⁷⁰⁸ **SHK BGG – Seiler**, Art. 97, Kn. 13; **BSK BGG – Schott**, Art. 97, Kn. 19; **BSK BGG – Dormann**, Art. 105, Kn. 61; **HAP Bundesgericht – Münch/Luczak**, § 2, Kn. 2.66; **Messmer/Imboden**, s. 139; **Meyer**, Bundesgericht, s. 857, Kn. 5.4.4; **Schwander**, s. 116; BGE 135 V 23, 25 (E.2); BGer. 9C_40/2007, 31.07.2007 (E.1).

¹⁷⁰⁹ BGE 141 II 14, 24 (E.1.6); **BSK BGG – Schott**, Art. 97, Kn. 19; **Meyer**, Bundesgericht, s. 857, Kn. 5.4.4.Karş. **BSK BGG – Schott**, Art. 97, Kn. 20.

SONUÇ

Kanun yolu, henüz kesinleşmemiş olan bir mahkeme kararının veya bu kararın dayandığı yargılamanın bir üst mahkemece incelenmesini ve gerekirse düzeltilmesini veya iptal edilmesini sağlayan bir hukuki çaredir. Hukukumuzda bu etkileri haiz kanun yolları, istinaf ve temyizdir. İstinaf, düzeltici, olağan ve sınırlı bir kanun yolu iken; temyiz, bozucu, olağan ve sınırlı bir kanun yoludur.

İlk derece ve kanun yolu mahkemelerinde gerçekleştirilen yargılamalar, bir bütün olarak usul hukukunun amacının gerçekleştirilmesine hizmet eder ve birbirilerini tamamlar. Medeni usulün amacı olan, maddi vakıaların gerçekten meydana gelip gelmediğinin tespiti ve somut olayda doğru karar verilmesi, aynı zamanda kanun yolunun da temel amacıdır. Bu temel amaç, ilk derece, istinaf ve temyiz mahkemesi için aynı olmakla beraber, mahkemelerin bu temel amaca ulaşmak için izledikleri yöntemler farklıdır. Bunun nedeni de, yargılamanın ve bireysel hukuki korumanın etkinliğini sağlama gereğinden kaynaklanır. İstinaf mahkemesi, hem bizzat vakıa tespitleri yaparak hem ilk derece mahkemesinin kararını ve yaptığı yargılamayı her yönüyle denetleyerek; temyiz mahkemesi ise alt derece mahkemesi kararlarını ve yapılan yargılamaları hukuka uygunluk yönüyle denetleyerek, gerçek duruma uygun doğru bir karar verilmesine hizmet eder. Ayrıca, her ülkede tek bir mahkeme olarak kurulan temyiz mahkemesi, yapmış olduğu denetim ve verdiği kararlarla, hukuk uygulamasında birliğin, belirliliğin, öngörülebilirliğin ve güvenliğin sağlanmasına ve hukukun geliştirilmesine öncülük eder.

Gerek mukayeseli hukukta gerekse de hukukumuzda hem istinaf hem de temyiz kanun yolu bakımından ortak kanun yolu sebebi hukuka aykırılıktır. Her iki kanun yolunda da taraflar, alt derece mahkemesince verilen kararın ve/veya yapılan yargılamanın hukuka aykırı olduğu yönünde itirazda bulunabilirler. Dolayısıyla, her iki kanun yolu mahkemesi de hukuka aykırılık denetimi yapma yetkisi ve ödevini haizdir.

Hukuka aykırılık, “hukuk” ve “aykırılık (ihlal)” olmak üzere iki temel unsurdan oluşur. Kanun yolu denetimi bakımından hukuk kavramı, prensip olarak, objektif, genel ve soyut nitelikteki her türlü hukuk kuralını ihtiva eder. Hukuka aykırılığın ikinci unsuru, hukuk kapsamında yer alan kurallara aykırılık, yani hukukun hatalı/yanlış uygulanmasıdır. Dolayısıyla, hukuka aykırılık, uygulanması gereken ilgili hukuk kuralının hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanması durumunda söz konusu olur.

HUMK m. 428/1’de kullanılan “kanun” kavramı yerine HMK m. 371/1/a’da “hukuk” kavramının kullanılması yerinde bir değişiklik olmakla beraber, bunun ilgili diğer hükümlere yansıtılmaması isabetli olmamıştır. Bu bağlamda, HMK m. 353/1-b/2, HMK m. 369/1 ve HMK m. 370/2’de yer alan “kanun” kavramının da “hukuk” olarak değiştirilmesi, terminolojik yeknesaklığın sağlanması ve yanlış uygulamalara yol açılmaması açısından yerinde olur.

Hâkim, uygulanacak (ilgili) hukuk kurallarını, taraflarca ileri sürülmesinden bağımsız olarak ve re’sen uygulamak zorundadır. Hâkimin bağı olduğu uygulanabilir hukuk kurallarını nerede ve nasıl bulacağı, kural olarak, hukukun kaynakları öğretisine göre belirlenir. Hâkim hukuki bir meseleye ilişkin uygulanabilir hukuk kuralını öncelikle yazılı hukuk kuralları (bunlar arasında da birincil olarak kanun hükümleri) arasında aramalıdır ve bunları uygulamalıdır. Yazılı hukuk kuralları arasına bir düzenleme yoksa, yazılı olmayan örf ve adet hukuku uygulanır. Bu da ilgili bir kural içermiyorsa, mahkeme, kanun koyucu olarak belirleyeceği kurala göre karar verir. Hukukumuz bakımından yazılı hukukun (yürürlük) kaynakları, anayasa, kanunlar, uluslararası sözleşmeler, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, TBMM İtüzüğü, halen yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler ve tüzükler, eski hukuk, içtihadı birleştirme kararları, yönetmelikler ve idarenin adsız düzenleyici işlemleridir. Yazılı hukuk kuralının uygulanabilmesi için, şekil, içerik ve zamansal yönden hukuken geçerli bir kural olması gerekir.

Hâkimin, anayasaya, kanuna ve hukuka olan üçlü bağılılığını yerine getirebilmesi için, önüne gelen bir uyuşmazlıkta öncelikle ilgili kanunu uygulaması gerekir. Bununla beraber, hâkim, anayasanın üstünlüğü ve hukuk sisteminin bütünlüğü nedeniyle, kanunu (ve anayasanın altında yer alan diğer kuralları), anayasaya uygun olarak yorumlamak ve uygulamak zorundadır. Şayet uygulanacak kanunun açık lafzı ve amacı anayasaya aykırı ise, hâkimin, Anayasa Mahkemesine başvurmak yetkisi ve ödevi vardır. Ayrıca, yasal bir düzenleme bulunmaması veya sonradan boşluk oluşması halinde hâkim, anayasada doğrudan uygulanabilir bir düzenleme bulunması durumunda bu anayasal düzenlemeyi; aksi halde anayasayı gözeterek kanun koyucu gibi koyacağı kuralı uygulamalıdır. Son olarak, oldukça istisnai hallerde, hâkimin kanunu göz ardı ederek, doğrudan uygulanabilir nitelikteki anayasa hükmünü uygulaması gerekir.

Kanun yolu denetimi bakımından hukuk kuralı kapsamına, hem şekli anlamda kanun hem de maddi anlamda kanun kapsamında yer alan bütün normlar dahildir. Yani, bağlayıcı bir hukuk kuralı oluşturma konusunda yetkili bir organ tarafından, kamu hukukunun öngördüğü

şekillerde geçerli olarak çıkarılan ve genel olarak bağlayıcı olan her hukuk normu, kanun yolu denetimi bakımından bir hukuk kuralıdır.

Uluslararası sözleşmeler bakımından, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlar ile olmayanlar bir ayırım yapılmalıdır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan uluslararası sözleşmeler, usulüne göre yürürlüğe konulduğunda, kanunla eşdeğer niteliktedir. Kanun ile bu nitelikte uluslararası sözleşme hükmünün çelişmesi halinde, öncelikle, kanunun olası anlam sınırları dahilinde sözleşmeye uygun yorum mümkün ise, bu yorum sonucunun seçilmesi gerekir. Şayet kanun hükmü ile uluslararası sözleşme hükmü arasındaki çelişki, bu şekilde yorum yoluyla uyumlaştırılmayacak nitelikte ise, kanunların çatışmasına ilişkin kurallara göre, yani önceki-sonraki düzenleme veya genel düzenleme-özel düzenleme kriterleri uygulanarak sonuca varılması gerekir. Buna karşılık, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler, usulüne göre yürürlüğe konulduğunda, kanun hükmünde olmakla beraber, bu nitelikte sözleşme hükümlerinin kanunlarla çatışması halinde farklı bir çözüm tarzı benimsenmiştir. Kanun hükmü ile bu nitelikte uluslararası sözleşme hükmü arasındaki çelişki, bu şekilde yorum yoluyla uyumlaştırılmayacak nitelikte ise, hâkimin ilgili sözleşme hükmünü esas alıp, ona göre karar vermesi gerekir.

Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular. İçinde yabancılık unsuru barındıran uyuşmazlıkta hakimin uygulanacak hukuk düzenini yanlış tespit etmesi veya uygulanacak yabancı hukukun içeriğini eksik veya hatalı bir biçimde tespit etmesi veya doğru bir şekilde tespit edilen yabancı hukukun eksik veya hatalı uygulanması da hukuka aykırılık oluşturur ve kanun yolu denetimine tabidir. Yabancı hukukunun kanun yolunda tam denetimi, bunların ülke içerisinde yeknesak bir şekilde uygulanmasını garanti eder, somut olay adaletinin, daha etkin bir hukuki himayenin ve güvenliğin sağlanmasına hizmet eder. Tam olarak gelişen uluslararası ilişkiler istinaf mahkemesinin ötesinde, temyiz mahkemesince de yabancı hukukun yeknesak bir şekilde yorumlanması ve uygulamasını zorunlu kılar. Temyiz kanun yolunda yabancı hukukun uygulanmasında hatanın denetlenmemesi, farklı alt derece mahkemelerinin aynı yabancı hukuk kuralını kullandığı ancak bunu farklı yorumladığı ve anladığı durumlarda buna kayıtsız kalınması anlamına gelir ki, bunun artan sayıda yabancı hukuk ilişkileri de dikkate alındığında yaratacağı hukuki güvensizlik kabul edilemez.

Osmanlı döneminden kalan ve adı ne olursa olsun kanuna eşit kabul edilen eski hukuk düzenlemelerin hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanması, kanun yolu sebebi olarak hukuka

aykırılık teşkil eder. Ayrıca Osmanlı döneminde yapılan ve yürürlükten kalkan, ancak yürürlükte kaldığı dönemde meydana gelen ve tamamlanan olay ve ilişkiler bakımından günümüzde de uygulanması gereken eski hukuk kurallarının hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılık teşkil eder.

Yürürlükte bulunan tüzük ile kanunun çatışması halinde, kanuna aykırı tüzük hükmünü değil, kanun hükmünü uygulamalıdır. Yönetmelik hükmünün kanuna (veya tüzüğe) aykırı olduğu kanısına varan hâkim, bu nitelikteki yönetmelik hükmü yerine kanun (veya tüzük) hükmünü uygulamalıdır.

Alman, Avusturya ve İsviçre hukukunda, ilk derece mahkemesi kararı istinaf mahkemesi tarafından kaldırılıp dosya yeni bir karar verilmek üzere geri gönderilirse, ilk derece mahkemesi istinaf mahkemesinin geri gönderme kararını dayandırdığı hukuki görüşü ile bağlıdır. Aynı şekilde, temyiz mahkemesinin, alt derece mahkemesinin kararını bozup dosyayı geri göndermesi durumunda, alt derece mahkemesi, temyiz mahkemesinin bozma kararını dayandırdığı hukuki görüş ile bağlıdır. Buna karşılık, hukukumuzda istinaf mahkemesinin HMK m. 353/1-a uyarınca ilk derece mahkemesi kararını kaldırıp dosyayı yeni bir karar vermek üzere geri göndermesi halinde, ilk derece mahkemesi istinaf mahkemesinin bu kararı (ve dolayısıyla hukuki görüşü) ile bağlı olup, direnme kararı veremez. Buna karşılık, temyiz mahkemesinin, alt derece (ilk derece veya istinaf) mahkemesinin kararını bozup, dosyayı yeni karar vermek üzere geri göndermesi halinde, alt derece (ilk derece veya istinaf) mahkemesi temyiz mahkemesinin hukuki görüşü ile bağlı olmayıp direnme kararı verebilir. Ağır ve önemli usule aykırılıkların neredeyse tamamı bakımından istinaf mahkemesince verilen kararların HMK m. 353/1-a uyarınca kesin olması ve ilk derece mahkemelerinin bu kararlara direnememesi, buna karşılık aynı hususlarda temyiz mahkemesi tarafından karar verilmesi halinde ilk derece ve istinaf mahkemesinin bu karara direnme imkanının olması, kanun yolu sistematğine ve kanun yolu denetiminin etkinliği ve işlevselliğine aykırıdır. Ayrıca, mahkemelerinin yapılandırılmasında yapılan bu hata, usul ekonomisini de ihlal edebilecek mahzurlar barındırmaktadır. Kanaatimizce artık Alman, Avusturya ve İsviçre hukukuna paralel bir şekilde, temyiz mahkemesi kararlarına karşı direnme imkanının ortadan kaldırılması, Hukuk Genel Kurulu'nun direnme kararlarını incelemek yerine, daha ziyade içtihat farklılıkları henüz oluşmadan görüş ayrılıklarını karara bağlayan bir kurul haline getirilmesi daha isabetli bir yaklaşım olur.

Öte yandan, emsal kararların sadece fiili bağlayıcı yoktur, aynı zamanda sınırlı bağlayıcılığı da mevcuttur. Buna göre, bir mahkemenin kendi kararlarına ve üst mahkemenin kararlarına uyma konusunda sınırlı bir yükümlülüğü vardır. Belirli sınırlar dahilinde, bir mahkeme prensip olarak kendisinin veya üst mahkemenin daha önceki bir kararında benimsediği tutumu daha sonraki bir davada benimsemek zorundadır. Bu yaklaşım, temelde, hukuki güvenlik ve kanun önünde eşitlik ilkelerinin mümkün olduğunca gözetilerek hukukun olgusal olarak doğruluğunu en yüksek derecede sağlama gerekliliğine dayanmaktadır.

Düşün (mantık) kanunları, doğa yasaları, tecrübe kuralları, hukuk kuralı niteliğini haiz olmamakla birlikte, işlevsel açıdan hukuk kuralı gibi ele alınır. Bu kurallar, gerek hukukun uygulanmasında gerekse de vakıa tespitlerinde dikkate alınmak zorundadır. Hukukun uygulanması sırasında bu kuralların ihlali, ilgili hukuk kuralının hatalı uygulanmasına neden olacağından hukuka aykırılık yaratır. Vakıa tespitleri alanında da bu kurallara aykırılık, usul hukuku kuralının içkin sınırlarını ihlal edeceğinden netice itibariyle hukuka aykırılığa sebebiyet verir.

Kanun yolu mahkemesi, alt derece mahkemesinin kararını, kanun yolu yargılaması sırasında geçerli olan hukuku göre denetler. Zira kanun yolu mahkemesi, kendi kararını verdiği an itibariyle geçerli olan hukuku uygulamak zorundadır. Bu nedenle alt derece ve kanun yolu yargılamasında, ihtilafli hukuki ilişkiyi kapsadığı ölçüde, yargılama sırasında ya da itiraz edilen kararın verilmesinden sonra çıkarılan her yeni hüküm veya önceki hükmün iptal edilip edilmediği dikkate alınmalıdır. Başka bir deyişle kanun yolu denetimi açısından belirleyici olan husus, alt derece mahkemesinin sübjektif hatası değil, objektif hatası, yani objektif hukuka aykırılıktır.

Hukukun uygulanması, geleneksel tasım modeline göre, büyük önerme, küçük önerme ve sonuç önermesinin oluşturulması şeklinde tezahür eder. Bu şekilde hukukun uygulanması faaliyetinin her aşamasında hukuka aykırılık söz konusu olabilir. Büyük önerme ilgili hukuk kurallarının somut olaya uygulanmaya elverişli hale getirilmesidir. Bunun oluşturulmasına ilişkin tüm meseleler hukuki meseledir ve bu bağlamda yapılan eksiklik ve hatalar hukuka aykırılık teşkil eder. Küçük önerme, somut vakıaların tespiti, hukuki nitelendirilmesinin yapılarak altlanmasıyla oluşturulur. Bu kapsamda vakıalar tespit edilirken yapılan hukuki hatalar hukuka aykırılık teşkil eder. Somut vakıaların hukuki nitelendirilmesi ve altlanması, tamamen hukuki meseledir ve bu hususlarda yapılacak her hata, hukuka aykırıdır. Soyut hukuki sonuç, zaten büyük önermede yer aldığından hukuki meseledir ve bu bağlamda yapılacak

hatalar hukuki hata teşkil eder. Somut hukuki sonuç bakımından ise, ilgili düzenleme belirleyicidir. Bazı düzenlemede yer alan soyut hukuki sonuç ile somut hukuki sonuç örtüşmektedir. Buna karşılık bazı düzenlemeler bakımından somut hukuki sonucun oluşturulması, bazı somut vakıaların tespitine de bağlıdır. Bu nitelikli bir durum söz konusu olduğunda da somut vakıaların tespitindeki hukuki hatalar ile soyut hukuki sonuç bakımından yapılacak hatalar hukuka aykırılık yaratır.

Maddi (fiili) mesele, genel olarak, bir vakıanın meydana gelip gelmediğine yönelik vakıa tespitlerini, bu tespitleri gerçekleştirmek için yapılan delil değerlendirmesini ve vakıa tespitlerine yönelik sonuç ve çıkarımları kapsar. Hukuki mesele ise, vakıaların hukuki değerlendirmesini, tespit edilen vakılardan elde edilen tüm hukuki çıkarımları ve tespit edilen vakılara hukukun uygulanmasını (ilgili hukuk kurallarının tespitini, yorumunu, altlanması ve soyut hukuki sonucun tayinini) içerir. Maddi (fiili) mesele ile hukuki mesele, kural olarak, birbirinden mantıksal-kavramsal olarak ayırt edilebilir ve ayırt edilmelidir. Bu ayrım usul hukukunun tamamına yayılmıştır ve zorunludur. İstinaf mahkemesi, yapılan denetimin kapsamı bakımından, bir tam kanun yolu niteliğini haiz olup, hem fiili hem de hukuki mesele kapsamında yapılan her türlü hata ve eksikliği denetleyebilir. Temyiz mahkemesi ise, yapılan denetimin kapsamı bakımından, bir eksik kanun yolu niteliğini haizdir. Temyiz mahkemesi, kural olarak, alt derece mahkemelerince yapılan fiili meselelere ilişkin tespitlerle bağlı olup, sadece hukuki meselelerde yapılan hata ve eksiklikleri denetleyebilir. Temyiz mahkemesinin, fiili meseleleri ilişkin denetimi, bunların hukuk kurallarına uygun bir şekilde tespit edilip edilmediği ile sınırlıdır.

İrade beyanları ve sözleşmeler bakımından öncelikle beyanların vakıa unsurları ile yorumu birbirinden ayrı ele alınmalıdır. Beyanların vakıa unsurlarının tespiti bir fiili meseledir, ancak bunların usul hukuku kurallarına uygun bir şekilde tespit edilip edilmediği hukuki meseledir. İrade beyanlarının (ve sözleşmelerin) vakıa unsurlarının tespitinden sonra, yorumu gündeme gelir. Tarafların iç (gerçek) iradelerinin tespiti, bir fiili meseledir. Ancak tarafların irade beyanlarının güven ilkesine göre yorumu, bir hukuki meseledir. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin sübjektif yorumu, yani tarafların gerçek iradelerinin tespiti fiili meseledir. Buna karşılık, sözleşmenin güven ilkesine göre yorumu (objektif yorumu), yani tarafların irade beyanlarının anlamının dürüstlük kuralına göre tespit edilmesi, hukuki meseledir. İrade beyanlarının ve sözleşmelerin yorumunun kanuni yorum kurallarına, anayasal kural ve ilkelere, kabul edilmiş yorum ilkelerine, tecrübe kurallarına, düşün kanunlarına aykırı olup olmadığı,

usule aykırı olarak yorum için önemli olan yorum malzemesinin dikkate alınıp alınmadığı hukuki mesele teşkil eder.

Dürüstlük kuralına aykırılık, hakkın kötüye kullanılması, iyi niyet, ahlaka uygunluk/aykırılık, yerinde, makul, isabetli, haklı nedenler, önemli sebep, basiret, hakkaniyet gibi belirsiz hukuk kavramının içeriğini doldurmaya hizmet eden somut vakıaların tespiti fiili meseledir. Buna karşılık, belirsiz hukuk kavramlarının doğru bir şekilde yorumlayıp yorumlamadığı, bu kavramların doğru bir şekilde somutlaştırılıp somutlaştırılmadığı ve uygulanıp uygulanmadığı hukuki meseledir. Belirsiz hukuk kavramlarının yorumu ve somutlaştırılması ile takdir yetkisinin kullanılması farklı şeylerdir. Belirsiz bir hukuk kavramının anlamını bulmak zorunda olan kimse, takdir yetkisini kullanmaz, hukuki bir soruya cevap verir. Belirsiz hukuk kavramlarının, her bir vakıa için daha yakından belirlenmesi ve ilgili hayat olayına uygulanması gerektiği doğrudur. Ancak, belirsiz hukuk kavramları iki veya daha fazla eşit derecede hukuka uygun çözüm arasında seçim yapma imkanı vermez. Belirsiz hukuk kavramları bakımından her zaman sadece bir tek doğru yorum ve uygulama vardır. Oysa takdir yetkisi ancak hukuku uygulayan kişinin eşit derecede hukuka uygun olan farklı karar alternatifleri arasında seçim yapma yetkisine sahip olması halinde söz konusu olur. Temyiz mahkemesi, alt derece mahkemesinin belirsiz hukuk kavramlarını doğru bir şekilde yorumlayıp yorumlamadığını, bu kavramların hukuki anlamlarını doğru bir şekilde belirleyip belirmediği, yani bu kavramların doğru bir şekilde somutlaştırılıp somutlaştırılmadığını ve uygulanıp uygulanmadığını tam olarak denetleyebilir.

Takdir yetkisinin kullanılması bakımından söz konusu olabilecek hatalar, takdir eksikliği, takdir yetkisinin şeklen kullanılması, takdir yetkisinin aşılması, takdir yetkisinin kötüye kullanılması, takdir yetkisinin yerinde kullanılmaması veya gerekçelendirme eksikliği şeklinde gerçekleşebilir. İstinaf kanun yolunda bu hataların tamamı denetlenebilir. Başka bir ifadeyle, istinaf mahkemesi takdire bağlı kararları sınırsız bir şekilde denetleyebilir ve bu konuda yalnızca istinaf mahkemesinin kendi takdiri belirleyicidir. Dolayısıyla istinaf mahkemesi takdire bağlı kararlar çerçevesinde kendi amaca uygunluk ve yerindelik değerlendirmesini de yapmak zorundadır. Bunun için istinaf mahkemesinin duruşmalı inceleme yapması gereklidir. İstinaf mahkemesi, dosya üzerinden yerindelik denetimi yapamaz. Ayrıca takdiri kararın yerindelik denetimi bizzat esas hakkında hüküm verilmesini gerektirir. Temyiz kanun yolunda ise, alt derece mahkemelerinin takdir eksikliği, takdir yetkisini şeklen kullanması, takdir yetkisini aşması, takdir yetkisini kötüye kullanması ve gerekçelendirme eksikliği denetlenebilir. Buna karşılık, temyiz mahkemesi, alt derece mahkemelerinin takdiri

kararlarını yerindelik yönünden denetleyemez ve kendi takdirine bağlı kararını alt derece mahkemesinin takdire bağlı kararının yerine koyamaz. Zira, takdiri kararlar bakımından somut olayın bütün koşullarının dikkate alınması gerekliliği ile birden fazla kararın doğru olma imkanı, temyiz mahkemesinin dosya üzerinden yerindelik denetimi yapılmasına engel teşkil eder. Ancak uygulamada Yargıtay'ın, genel olarak, takdiri kararların denetimi konusunda bu farklılığı dikkate aldığını söylemek mümkün değildir. Yargıtay, takdire bağlı kararları, yerindelik yönünden denetlemekte ve kendi takdirini alt derece mahkemelerine uygulatmaya çalışmaktadır. Bu takdiri kararların doğasına ve Yargıtay'ın denetim sınırlarına uygun olmayan bir yaklaşım biçimidir.

Vakıa tespitleri ve bu tespitleri gerçekleştirmek için yapılan delil değerlendirmesi fiili (maddi) mesele olmakla birlikte, fiili meselelerin hukuka uygun bir şekilde tespit edilip edilmediği hukuki mesele teşkil eder. Hâkim tarafından vakıa tespitleri yapılırken ve deliller değerlendirilirken uyulması gereken hukuk kurallarının ihlal edilmesi, hukuka aykırılık teşkil eder. Bu bağlamda söz konusu olabilecek hukuka aykırılıklar, genel olarak, dava malzemesinin oluşturulmasına ilişkin hukuk kurallarının ihlali, maddi hukuka ilişkin hatalı hukuki bakış açısı nedeniyle vakıaların eksik tespit edilmesi, delillerin değerlendirilmesinde hukuki hata yapılması ile diğer ispat hukuku kurallarının ihlal edilmesi ve dava dosyasına aykırılık şeklinde ortaya çıkabilir.

Alman hukukunda istinaf sebepleri, hukuka aykırılık ve vakıanın yeniden tespitinin gerekmesi şeklinde düzenlenmiştir. Temyiz sebebi ise, yalnızca bir kararın hukuka aykırılığa dayanmasıdır. Her ne kadar hukuka aykırılık her iki kanun yolu bakımından da ortak sebep olarak düzenlemiş olsa da, istinaf kanun yolunda hukuka aykırılık denetiminin temyiz ile aynı olmadığını, aksine onu aşan daha detaylı bir denetim olduğunu ifade edilmektedir. Bunun temel sebebi, temyiz mahkemesinin özellikle bireysel irade beyanlarının yorumu, belirsiz hukuk kavramlarının uygulanması ve takdire bağlı kararların denetimi konusunda istinaf mahkemesinden farklı olarak daha sınırlı bir denetim yapmasına dayanmaktadır. Federal Mahkeme, her ne kadar bireysel irade beyanlarının yorumunu sınırlı bir şekilde denetlendiğini ifade etse de, uygulamada verdiği kararlar tutarsızdır ve yeknesaklıktan yoksundur. Mahkeme, pratikte vakıa hâkimlerince yapılan yorum sonucunun esas olarak doğruluğunu denetlemektedir. Benzer yaklaşım, belirsiz hukuk kavramlarının yorumu, somutlaştırılması ve uygulanması bakımından da söz konusudur. Bu hususlar bakımından da uygulamada Federal Mahkemenin verdiği kararlar yeknesak değildir. Öte yandan Alman hukukunda yabancı hukukun tespitinde yapılan hata ve eksiklikler bir temyiz sebebi olarak hukuka aykırılık

kapsamında denetlenirken, tespit edilen yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı temyiz mahkemesince denetlenmemektedir. Bu konuda ciddi tartışmalar söz konusu olup, uygulamada Federal Mahkeme, yabancı hukukun tespitindeki hata ve eksiklikler üzerinden giderek artan bir şekilde tüm yabancı hukukun bir tür fiili olarak denetimine kaymaktadır.

Avusturya hukukunda istinaf sebepleri açıkça düzenlenmemiş olup, ilk derece mahkemesince gerçekleştirilen her eksiklik veya hata, karar etki etmesi kaydıyla, istinaf sebebi teşkil etmektedir. Temyiz sebepleri, istinaf mahkemesince yapılan ağır ve önemli usul hataları, dava dosyasına aykırılık ve hukuki meselenin hataları değerlendirilmesi şeklinde düzenlemiş olup, bu hususlar, özü itibariyle, hukuka aykırılık hallerini ihtiva etmektedir. Avusturya hukukunda kanun yolu denetimi bakımından dikkat çekici olan husus, kanun yolu mahkemelerinin, kanun yolu sebeplerinin ileri sürülmesiyle sıkı bir şekilde bağlı olmasıdır. Bu hukuk sisteminde alt derece mahkemelerince yapılan hatalar ve hukuka aykırılıklar, taraflarca ileri sürülmedikçe, prensip olarak, kanun yolu mahkemelerince denetlenmemektedir. İlâveten, ilk derecede yargılamasında yokluk sebebi teşkil eden ağır usul hataları yapılmadığı hususunda istinaf mahkemesinin verdiği karar, temyiz mahkemesinin denetimine tabi değildir. Yani söz gelimi davaya bakan hakimin yasaklı olmadığına hem ilk derece hem de istinaf mahkemesi karar vermişse, artık temyiz mahkemesi, aksi kanaatte olsa bile, bunu denetlemez. Bu husus, uygulamada Yüksek Mahkemeyi, ağır usul hataları teşkil etmeyen diğer önemli usul hataları konusunda da kendisini denetlemeye yetkili görmemesine yol açmıştır. Zira Yüksek Mahkemeye göre, ağır usul hatalarının olmadığı konusunda ilk derece ve istinaf mahkemesinin kararı kendisini bağlıyorsa, daha hafif usul hataları olan diğer önemli usul hatalarının olmadığı konusunda da ilk derece ve istinaf mahkemesinin kararı kendisini evleviyetle bağlar. Bu husus, Avusturya hukukunda hala ciddi tartışmaların yaşandığı problemli bir sahadır. Belirsiz hukuk kavramlarının denetimi konusunda önemli bir tartışma olmayıp, Yüksek Mahkeme, bu kavramların yorumunu ve uygulamasını, itiraz edilmeleri kaydıyla, denetlemektedir.

İsviçre hukukunda, istinaf sebepleri kanunda hatalı hukuk uygulaması ve hatalı vakıa tespitleri şeklinde açıkça düzenlenmiştir. Bununla beraber, istinaf mahkemesinin bir tam kanun yolu mahkemesi olarak alt derece mahkemesince gerçekleştirilen her türlü hata ve eksikliği denetleyebileceği kabul edilmektedir. Temyiz kanun yolu bakımından hukuka aykırılık bir temyiz sebebi olmakla birlikte, kantonal hukuk kurallarına aykırılık, keyfilik olmadığı sürece, temyiz mahkemesince denetlenmez. Ayrıca, yabancı hukuka aykırılıkların bir temyiz sebebi olduğu kanunda ayrıca düzenlenmiştir. Bu konuda yapılan düzenleme uyarınca, taraflar, temyiz aşamasında malvarlığı haklarına ilişkin olmayan kararlar bakımından hem yabancı hukukun

tespitinde hem de uygulanmasında hataya karşı itiraz edebilirler. Buna karşılık, taraflar, malvarlığına ilişkin hususlarda yabancı hukukun tespitinde hataya karşı temyiz mahkemesine başvurabilirken, yabancı hukukun uygulanmasında hataya karşı ise, keyfilik bulunmadıkça, temyiz mahkemesine itiraz edemezler. Takdir yetkisinin denetimi konusunda Federal Mahkeme, ihtiyatlı davranmaktadır. Federal Mahkeme takdire bağlı kararlara sadece, alt derece mahkemesinin, sebepsiz bir şekilde öğreti ve yargı kararlarında kabul edilen temel ilkelerden farklı bir karar vermesi veya somut olaydaki karar bakımından herhangi bir rol oynamayacak vakıaları dikkate alması ya da zorunlu olarak dikkate alması gereken aksi (zıt) yöndeki durumları dikkate almaması yahut açık bir şekilde hakkaniyete aykırı, şok edici derecede adaletsiz bir karar vermesi halinde müdahale etmektedir. Başka bir ifadeyle, istinaf kanun yolundan farklı olarak temyiz mahkemesi takdir yetkisinin yerinde kullanılıp kullanılmadığı denetlemez ve taraflar salt takdir yetkisinin yerinde kullanılmadığını ileri sürerek temyiz kanun yoluna başvuramazlar. Belirsiz hukuk kavramları konusunda Federal Mahkeme özel teknik bilgiler gerektiren uzmanlık meselelerine ilişkin belirsiz hukuk kavramının yorumunu denetlemekten kaçınmaktadır.

KAYNAKÇA

Acar, Ali, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Madde 90/5 Hakkındaki Zımni İlga Tespiti Ve İnsan Haklarına Dayalı (Yeni Bir) Yargısal Denetim, AHD, C. 6, S. 11, 2017 (Kısaltma: **Acar**, Anayasa Mahkemesi)

Acar, Tuna, Türk ve Mukayeseli Medeni Yargılama Hukuku Açısından Ara Karar, Ankara 2022 (Kısaltma: **Acar**, Ara Karar)

Aden, Menno, Revisibilität des kollisionsrechtlich berufenen Rechts, RIW 2009 (Kısaltma: **Aden**)

Adickes, Franz, Grundlinien durchgreifender Justizreform: Betrachtungen und Vorschläge unter Verwertung englisch-schottischer Rechtsgedanken, Berlin 1906 (Kısaltma: **Adickes**)

Akcan, Recep, Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999 (Kısaltma: **Akcan**)

Akgül-Teber, Selin, Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkelerin İstinaf Yargılamasındaki Görünümü, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2020 (Kısaltma: **Akgül-Teber**)

Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya, Medeni Hukuk, Yirmibeşinci (33.) Baskı, İstanbul 2019 (Kısaltma: **Akıntürk/Ateş**)

Akil, Cenk, Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi, AÜHFD, C. 57, S. 3, 2008 (Kısaltma: **Akil**, Hukuk)

Akil, Cenk, İstinaf Kavramı, Ankara 2010 (Kısaltma: **Akil**, İstinaf)

Akkan, Mine, Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma, MİHDER, C. 3, S. 6, 2007 (Kısaltma: **Akkan**, Etkin Hukuki Koruma)

Akkan, Mine, Medeni Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükümün Delil Niteliği, DEÜHFD, C. 11, 2009 (Kısaltma: **Akkan**, Kesin Hüküm)

Akkaya, Tolga, 5236 ve 5311 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Yeni Kanun Yolu Sistemine Göre İlâmlı İcrada İcranın İadesi, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi 2008/11 (Kısaltma: **Akkaya**, İcranın İadesi)

Akkaya, Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009 (Kısaltma: **Akkaya**, İstinaf)

Akkaya, Tolga, Temyize Başvuru Hakkının Sınırlandırılması ve İzne Bağlı Temyiz Sistemi, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, 2009 (Kısaltma: **Akkaya**, Temyiz)

Alangoya, H. Yavuz, Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m.427 Hükmü ile Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı, Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004 (Kısaltma: **Alangoya**, Kanun Yolu)

Alangoya, Yavuz H./Yıldırım, Kamil M./Deren -Yıldırım, Nevhis, Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2011 (Kısaltma: **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**)

Alangoya, Yavuz, “Senede Karşı Senetle İspat” Kuralı ve “Hayatın Olağan Akışı” Kavramı, Makaleler, İstanbul 2012 (Kısaltma: **Alangoya**, Olağan Akış)

Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul 1979 (Kısaltma: **Alangoya**, İlkeler)

Albayrak, Adem, Hukukta İstinaf Uygulaması, 3. Baskı, Ankara 2017 (Kısaltma: **Albayrak**)

Althammer, Christoph, Die Zukunft des Rechtsmittelsystems, in: Die Zukunft des Zivilprozesses, Bruns, Alexander/Münch, Joachim/Stadler, Astrid (Hrsg.), 2014 (Kısaltma: **Althammer**, Zukunft)

Althammer, Christoph, Verfahren mit Auslandsbezug nach dem neuen FamFG, IPRax, 2009 (Kısaltma: **Althammer**, Verfahren)

Anayurt, Ömer, Anayasa Hukuku Genel Kısım, 4. Baskı, Ankara 2021 (Kısaltma: **Anayurt**)

Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Ankara 1960 (Kısaltma: **Ansay**)

Antalya, Gökhan, “Hukuk Bilimine Katkı Olarak” Hukuk Teorisi ve Hukuk Metodolojisi, C. I, Ankara 2019 (Kısaltma: **Antalya**, HBK C. I)

Antalya, Gökhan, “Hukuk Bilimine Katkı Olarak” Hukuk Teorisi ve Hukuk Metodolojisi, C. II, Ankara 2021 (Kısaltma: **Antalya**, HBK C. II)

Antalya, Gökhan, Anayasal Temel Hakların İkincil Doğrudan Üçüncü – Taraf – Etkisi ve Anayasa Yargılamasında Hâkimin Hukuku Uygulamasında Uyacağı On İki Metodolojik Temel İlke, MÜHF-HAD, C. 28, S. 1, 2022 (Kısaltma: **Antalya**, Anayasa)

Antalya, Gökhan, Hâkimin Yargı Kararı Oluşturma Metodu, Bu Metodun Aşamaları ve Metoda Hâkim Olan Metodolojik On İki Temel İlke, MÜHF-HAD, C. 28, S. 2, 2022 (Kısaltma: **Antalya**, Metot)

Antalya, Gökhan/Topuz, Murat, Marmara Hukuk Yorumu, C. I, Medeni Hukuk (Giriş - Kavramlar - Başlangıç Hükümleri), 3. Bası, Ankara 2019 (Kısaltma: **Antalya/Topuz**)

Aral, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, 7. Baskı, İstanbul 2010 (Kısaltma: **Aral**)

Armağan, Servet, Dâva Mahkemelerinde Anayasaya Aykırılık Defi ve Re’sen Sevk, İÜHFM, S. 2-4, 1966 (Kısaltma: **Armağan**, Anayasaya Aykırılık)

Armağan, Servet, Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi, İstanbul 1967 (Kısaltma: **Armağan**, Kazai Murakabe)

Arnold, Hans, Die Neuordnung des Zugangs zum Bundesgerichtshof in Zivilsachen, JR 1975 (Kısaltma: **Arnold**, Die Neuordnung)

Arnold, Stefan, Zur Überprüfung tatrichterlicher Ermessensspielräume in der Berufung, ZZP 126 (2013) (Kısaltma: **Arnold**, Zur Überprüfung)

Arslan, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989 (Kısaltma: **Arslan**, Dürüstlük Kuralı)

Arslan, Ramazan, Medenî Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977 (Kısaltma: **Arslan**, Yenilenme)

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar-Ayvaz, Sema, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017 (Kısaltma: **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz**)

Aşık, İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorun, 2012 (Kısaltma: **Aşık**)

Aşit, Recep, Delil Sözleşmeleri Bakımından İrade Serbestisinin Sınırı, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2015 (Kısaltma: **Aşit**, Delil Sözleşmeleri)

Aşit, Recep, İşe İade Davalarında Somutlaştırma Yükü, MÜHF-HAD, C. 23, S. 2, 2017 (Kısaltma: **Aşit**, Somutlaştırma Yükü)

Atalay, Oğuz, Emare İspatı, Manisa Barosu Dergisi, S. 70, 1999 (Kısaltma: **Atalay**, Emare)

Atalay, Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001 (Kısaltma: **Atalay**, Menfi Vakıalar)

Atalay, Oğuz, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017 (Kısaltma: **Atalay**, Pekcanitez Usul)

Atalay, Oğuz, Tartışmalar, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007 (Kısaltma: **Atalay**, Tartışmalar)

Atalı, Murat, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki Konularda Bilirkişilik, AÜHFD 2016, C.LXV, S.4, s. 3281 (Kısaltma: **Atalı**, Bilirkişilik)

Atalı, Murat, Medeni Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara 2014 (Kısaltma: **Atalı**, Aleyhe Bozma)

Atalı, Murat, Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında Dava Dışında Edindiği (Şahsî) Bilgisini Kullanması, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, 2009 (Kısaltma: **Atalı**, Şahsî Bilgi)

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2020 (Kısaltma: **Atalı/Ermenek/Erdoğan**)

Atar, Yavuz, Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukukî Sonuçları (Anayasa m. 11), SÜHFD, C. 2, S. 2, 1989 (Kısaltma: **Atar**, Anayasanın Bağlayıcılığı)

Atar, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 14. Baskı Ankara 2021 (Kısaltma: **Atar**, Anayasa)

Ay, Ömer Mirac, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Duruşma Yapmadan Karar Verebileceği Haller, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019 (Kısaltma: **Ay**)

Aybay, Aydın/Aybay, Rona/Pehlivan, Ali, Hukuka Giriş, 11. Baskı, İstanbul 2015 (Kısaltma: **Aybay/Aybay/Pehlivan**)

Aybay, Rona, Anayasa'nın 151. Maddesine Göre Taraflarca İleri Sürülen Anayasaya Aykırılık İddialarının 'Ciddi'liği Sorunu, İÜHFM, S. 3-4, 1967 (Kısaltma: **Aybay**, Ciddilik)

Aybay, Rona, Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, TBBD, S. 70, 2007 (Kısaltma: **Aybay**, Uluslararası Antlaşmalar)

Aybay, Rona/Dardağan, Esra, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), İstanbul 2005 (Kısaltma: **Aybay/Dardağan**)

Aydın, Mesut, Mahkemelerde Taraflarca İleri Sürülen Anayasa'ya Aykırılık İddialarının Ciddiliği, AÜSBFD, S. 3, 2007 (Kısaltma: **Aydın**)

Azrak, A. Ülkü, Türk Anayasa Mahkemesi Anayasa Düzenindeki Yeri – Teşkilatı – Fonksiyonları", İÜHFM, S. 3-4, 1962 (Kısaltma: **Azrak**, Anayasa Mahkemesi)

Azrak, Ülkü, Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği, AYD, C. 1, S. 1, 1984 (Kısaltma: **Azrak**, İptal Kararları)

Bajons, Ena-Marlis, Beweiswiederholung und Verfahrensergänzung in der Berufungsinstanz, FS Hans W. Fasching, Wien 1988 (Kısaltma: **Bajons**, Beweiswiederholung)

Bajons, Ena-Marlis, Prozeßentscheidung als Verfahrensverstoß? Kritische Bemerkungen zur Abgrenzung von errores in procedendo und errores in iudicando, JBl 1981 (Kısaltma: **Bajons**, Verfahrensverstoß)

Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), SHK - Stämpfli Handkommentar, Bern 2010 (Kısaltma: **SHK ZPO – Yazar**)

Ball, Wolfgang, Der für das Revisionsgericht maßgebliche Tatsachenvortrag der Parteien, FS Karlmann Geiß, 2000 (Kısaltma: **Ball**, Tatsachenvortrag)

Ball, Wolfgang, Die Reform der ZPO - eine Wirkungskontrolle. Das neue Revisionsrecht, Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentages (Bonn 2004), Band I, Gutachten, Berichte (Kısaltma: **Ball**, Wirkungskontrolle)

Ballon, Oskar J., Die Beachtung des rechtlichen Gehörs iSd Art 6 MRK durch die Rechtsmittelgerichte, JBI 1995 (Kısaltma: **Ballon**, Die Beachtung)

Ballon, Oskar J., Zu den Verfahrensmängeln im Zivilprozeßrecht, FS Franz Matscher, Wien 1993 (Kısaltma: **Ballon**, Verfahrensmängeln)

Ballon, Oskar J./Nunner-Krautgasser, Bettina/Schneider, Birgit, Einführung in das Zivilprozessrecht, Streitiges Verfahren, 13. Aufl., Wien 2018 (Kısaltma: **Yazar**, in: Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider)

Balzer, Christian/Walther, Bianca, Beweisaufnahme und Beweiswürdigung im Zivilprozess, 4. Aufl., Berlin 2018, s. 199, Kn. 367 (Kısaltma: **Balzer/Walther**)

Bamberger, Heinz Georg, Die Reform der Zivilprozessordnung- Eine Wirkungskontrolle, ZRP 2004 (Kısaltma: **Bamberger**, Reform)

Başlar, Kemal, Uluslararası Anlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine, Sevin Toluner'e Armağan, 2004 (Kısaltma: **Başlar**)

Başözen, Ahmet, Medenî Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Ankara 2010 (Kısaltma: **Başözen**)

Baumann, Andreas, Prüfungsumfang und Prüfungsprogramm im Berufungsverfahren nach der Zivilprozessreform 2002, Nürnberg 2006 (Kısaltma: **Baumann**)

Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter, Zivilprozessordnung, Kommentar, 77. Aufl., München, 2019 (Kısaltma: **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**)

Baumgartner, Samuel/Dolge, Anette/Markus, Alexander R./Spühler, Karl, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10. Aufl., Bern 2018 (Kısaltma: **Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler**)

Baur, Fritz, Die dritte Instanz im künftigen Zivilprozess, ZZP 71 (1958) (Kısaltma: **Baur**)

Baygın, Cem/Nar, Ahmet, Medeni Hukuk Dersleri - I Başlangıç, Hükümleri ve Gerçek Kişiler Hukuku, Ankara 2021 (Kısaltma: **Baygın/Nar**)

Baysal, Başak, Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü, Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, İstanbul 2004 (Kısaltma: **Baysal**)

Becker-Eberhard, Ekkehard, Die Berufung nach deutschem Zivilprozessrecht, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003, Ankara 2003 (Kısaltma: **Becker-Eberhard**, Berufung)

Behrens, Detlev, Die Nachprüfbarkeit zivilrichterlicher Ermessensentscheidungen, Berlin 1979 (Kısaltma: **Behrens**)

Belgesay, Mustafa Reşit, İsbat ve Hüküm Teorileri, B. 3, İstanbul 1951 (Kısaltma: **Belgesay**, İsbat)

Belling, Detlev W., Die Verantwortung des Staats für die Normsetzung durch die Tarifpartner zur Grundrechtstreue und Legalitätskontrolle von Tarifnormen, ZfA 1999 (Kısaltma: **Belling**)

Belling, Detlev W./İnce, Nurten, Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, Legal Hukuk Dergisi, C. 12, 2014 (Kısaltma: **Belling/İnce**)

Berka, Walter, Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich, 1999 (Kısaltma: **Berka**)

Berkin, Necmettin, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969 (Kısaltma: **Berkin**)

Berksoy, İrem, Kanun Yoluna Başvurunun İcraya Etkisi, Legal Hukuk Dergisi, Haziran 2007 (Kısaltma: **Berksoy**)

Berti Stephen V., Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011 (Kısaltma: **Berti**, Einführung)

Berti, Stephen V., «Das» Rechtsmittel, in: Haftpflichtprozess 2012 Rechtsmittel nach neuer ZPO und BGG, Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Zürich Basel-Genf 2012 (Kısaltma: **Berti**, Rechtsmittel)

Bettermann, Karl August, Anfechtung und Kassation ZZP 88 (1975) (Kısaltma: **Bettermann**)

Beydola, Aysun, Hukuk Yargılamasında Kanun Yolu Olarak İstinaf, Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Lefkoşa 2019 (Kısaltma: **Beydola**)

Bierschenk, Lars, Die zweite Instanz im deutschen und französischen Zivilverfahren, Bonn 2015 (Kısaltma: **Bierschenk**)

Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, 33. Bası, Ankara 2015 (Kısaltma: **Bilge**, Hukuk)

Bilge, Necip, Medeni Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme, Ankara 1973 (Kısaltma: **Bilge**, Karar Düzeltme)

Bilge, Necip, Yargısal İçtihatların Bağlayıcı Gücü ve İçtihat Birleştirme Kararları, Dr. A. Recaî Seçkin'e Armağan, Ankara 1974 (Kısaltma: **Bilge**, Yargısal İçtihatlar)

Bilge, Necip/Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978 (Kısaltma: **Bilge/Önen**)

Bilgen, Samim, Temyiz Mahkemesindeki Duruşmalardan Neler Bekleyebiliriz?, ABD 1954/5 (Kısaltma: **Bilgen**)

Bilgin, Çağlar, Türk Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Yolu, TBBD, S. 3, 1988 (Kısaltma: **Bilgin**)

Bley, Florian, Die zweite Instanz nach deutschem und englischem Zivilprozessrecht - Zugang und Prüfungsprogramm, Frankfurt am Main 2011 (Kısaltma: **Bley**)

Bolayır, Nur, Fransız Hukuku'ndaki Reform Çalışmaları Işığında Temyiz İncelemesinin Kapsamı, GSÜHFD, C. 16, S. 2, 2017 (Kısaltma: **Bolayır**, Temyiz)

Bolayır, Nur, Medenî Usûl Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi, İstanbul 2019 (Kısaltma: **Bolayır**, Hukuk)

Bonomi, Andrea/Lenz, Rita, Österreich, in: Der Kampf gegen die Überlastung der höheren Gerichte, Zürich 1995 (Kısaltma: **Bonomi/Lenz**)

Boran-Güneysu, Nilüfer, Medeni Usul Hukukunda Karar, Ankara 2014 (Kısaltma: **Boran-Güneysu**)

Boyar, Oya, Anayasa ve Özel Hukuk, 2019 (Kısaltma: **Boyar**, Anayasa)

Boyar, Oya, Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2008 (Kısaltma: **Boyar**, Yorum)

Boyar, Oya, Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (Ed. Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, İstanbul 2013 (Kısaltma: **Boyar**, Yatay Etki)

Braun, Johann, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, Tübingen 2014 (Kısaltma: **Braun**)

Braunschneider, Hartmurt, Die Berufung - Gründe, Begründung, Begründetheit, ProzRB 2004/3 (Kısaltma: **Braunschneider**, ProzRB 2004)

Braunschneider, Hartmurt, Strategien für die Berufung im Zivilprozess, Köln 2007 (Kısaltma: **Braunschneider**, Berufung)

Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra (Hrsg.), Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016 (Kısaltma: **CHK ZGB – Yazar**)

Brugger, Walter, Die erfolgreiche Berufung im Zivilprozess, 2. Aufl., Wien 2015 (Kısaltma: **Brugger**)

Brunner, Alexander/Gasser, Dominik/Schwander, Ivo (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016 (Kısaltma: **ZPO DIKE – Yazar**)

Buchegger, Walter, Der Rechtsmittelgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung, ÖJZ 1983 (Kısaltma: **Buchegger**, Der Rechtsmittelgrund)

Buchegger, Walter/Deixler-Hübner, Astrid/Holzhammer, Richard, Praktisches Zivilprozessrecht I, Streitiges Verfahren, 6. Aufl., Linz 1998 (Kısaltma: **Yazar**, in: Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer)

Budak, Ali Cem, Alangoya'ya Göre Yargılamanın Amacı ve Hâkimin Gerçeği Aramaktan Vazgeçmesi, İstanbul Medipol Üniversitesi HFD, C 6, S. 2, 2019 (Kısaltma: **Budak**, Yargılamanın Amacı)

Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol, Medeni Usul Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2023 (Kısaltma: **Budak/Karaaslan**, Medeni Usul)

Bulut, Uğur, Medenî Usûl Hukukunda Temyiz İncelemesinin Kapsamı Ve Sınırları, Ankara 2022 (Kısaltma: **Bulut**, Temyiz)

Bürck, Harald, Zur revisionsgerichtlichen Überprüfung der Auslegung von Erklärungen durch die Instanzgerichte, FS Otto Ernst Krasney, München 1997 (Kısaltma: **Bürck**)

Büttner, Herman, Berufung und Revision, Zivilprozessuale Rechtsmittel im Wandel, München 2010 (Kısaltma: **Büttner**, Berufung und Revision)

Büttner, Hermann, Revisionsverfahren - Änderungen durch das Zivilprozessreformgesetz, MDR 2001 (Kısaltma: **Büttner**, Revisionsverfahren)

Büyük, Mehmet Emin, Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri, İstanbul 2018 (Kısaltma: **Büyük**)

Bydlinski, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegrif, 2. Aufl., Wien-NewYork 1991 (Kısaltma: **Bydlinski**, Methodenlehre)

Canaris, Claus-Wilhelm, Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: FS Festschrift Kramer, Basel 2004 (Kısaltma: **Canaris**, Die verfassungskonforme)

Canaris, Claus-Wilhelm, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984) 1999 (Kısaltma: **Canaris**, 1984)

Canaris, Claus-Wilhelm, Grundrechte und Privatrecht, eine Zwischenbilanz, 1999 (Kısaltma: **Canaris**, 1999)

Canaris, Claus-Wilhelm, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989 (Kısaltma: **Canaris**, Grundrechtswirkungen)

Caponi, Remo, Der italienische Kassationsgerichtshof vor dem Hintergrund des deutschen Revisionsrechts, ZZP 115 (2002) (Kısaltma: **Caponi**)

Chevalier, Marco, Die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht, Basel 2009 (Kısaltma: **Chevalier**)

Crückeberg, Harald, Tatsachenfeststellungen im Urteil der ersten Instanz, MDR 2003 (Kısaltma: **Crückeberg**)

Çağıl, Orhan Münir, Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş I-II, İstanbul 1966 (Kısaltma: **Çağıl**)

Çelikel, Aysel/Erdem, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Bası, İstanbul 2014 (Kısaltma: **Çelikel/Erdem**)

Çiftçi, Murat Özgür, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, 3. Baskı, Ankara 2016 (Kısaltma: **Çiftçi, İstinaf**)

Çiftçi, Pınar, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara 2018 (Kısaltma: **Çiftçi, İspat Hakkı**)

Däniken, Franz von, Rechts und Tatfragen im Haftpflichtprozess, Zürich 1976 (Kısaltma: **Däniken**)

Danzl, Karl- Heinz, »Erhebliche Rechtsfrage« und »Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung«, FS Irmgard Griss, 2011 (Kısaltma: **Danzl, Erhebliche Rechtsfrage**)

Danzl, Karl- Heinz, Die Anrufbarkeit des OGH in streitigen Zivilrechtssachen – von Franz Klein bis zur Gegenwart: Analyse – Rückblick – Ausblick, FS Rainer Sprung, Wien 2001 (Kısaltma: **Danzl, Die Anrufbarkeit**)

Davids, Willibrod J. M., Hollanda İstinaf Prosedürü, Türkiye Cumhuriyeti'nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi Kapsamında 2-3 Mart 2006 Tarihlerinde Yargıtay'da Düzenlenen Konferans Sunuşlar (Kısaltma: **Davids**)

Deixler-Hübner, Astrid/Klicka, Thomas, Zivilverfahren - Erkenntnisverfahren und Grundzüge des Exekutions- und Insolvenzrechts, 10. Aufl., Wien 2017 (Kısaltma: **Deixler-Hübner/Klicka, Zivilverfahren**)

Delle-Karth, Gert, Die Mangelhaftigkeit des Verfahrens im Berufungssystem des österreichischen Zivilprozessrechts, ÖJZ 1993 (Kısaltma: **Delle-Karth**)

Deren-Yıldırım, Nevhis, İstinafa Başvuru Şartları, İstinafa Başvuru Şartları, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı XV, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf, Antalya 6-7 Ekim 2017 (Kısaltma: **Deren-Yıldırım**, Başvuru Şartları)

Deren-Yıldırım, Nevhis, İstinafin Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri, Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006 (Kısaltma: **Deren-Yıldırım**, İstinafin Gerekçelendirilmesi)

Deren-Yıldırım, Nevhis, İstinafin Olası Sorunları, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, C. 8, S. 20, 2016 (Kısaltma: **Deren-Yıldırım**, İstinafin Olası Sorunları)

Deren-Yıldırım, Nevhis, Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007 (Kısaltma: **Deren-Yıldırım**, Kanun Yolları)

Deren-Yıldırım, Nevhis, Teksif İlkesi Açısından İstinaf, Türkiye Barolar Birliği İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantısı 7-8 Mart 2003, Ankara 2003 (Kısaltma: **Deren-Yıldırım**, Teksif İlkesi Açısından İstinaf)

Dethloff, Nina, Zugang zur Revisionsinstanz, ZRP 2000 (Kısaltma: **Dethloff**)

Deubner, Karl G., Aktuelles Zivilprozessrecht, Jus 2005/9 (Kısaltma: **Deubner**)

Dinçkol, Abdullah, Hakimin Takdir Yetkisine Dayanarak Verdiği Kararların Denetlenmesi, MÜHF-HAD, C. 9, S. 1-3, 1995 (Kısaltma: **Dinçkol**, Denetim)

Dinçkol, Abdullah, Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılmasında “Hak ve Nisfet”, Yargıtay Dergisi, C. 19, S. 3, 1993 (Kısaltma: **Dinçkol**, Hak ve Nisfet)

Doğan, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı, 4. Baskı, Ankara, 2017 (Kısaltma: **Doğan**)

Dorn, Christian, Die Verfassungsmässigkeit des geänderten Rechtsmittelrechts der ZPO, AnwBl 2002 (Kısaltma: **Dorn**, Die Verfassungsmässigkeit)

Doukoff, Norman, Zivilrechtliche Berufung, 6. Aufl., München 2018 (Kısaltma: **Doukoff**)

Dreier, Ralf, Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Gesetz und Recht, JZ 1985 (Kısaltma: **Dreier**)

Dubs, Hans, Beschränkung der Rechtsmittel, in: Mélanges Henri Grisel, Neuchâtel 1983 (Kısaltma: **Dubs**)

Duman, Özgür, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Karşılaştırmalı Hukuk Penceresinden “Dördüncü Derece Olmama Doktrini” Ve Yansımaları, AYD, C. 39, S. 1, 2022 (Kısaltma: **Duman**)

Duran, Lütfi, İtiraz Yolu İle Anayasaya Aykırılık İddiası ve Temel Hak ve Ödevlerin Kanunla Düzenlenmesi. İÜHFM, C. 31, S. 1-4, 1935 (Kısaltma: **Duran**)

Dürig, Günter, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Hans Nawiasky, München 1956 (Kısaltma: **Dürig**, Grundrechte)

Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert, Grundgesetz – Kommentar, 102. El. 2023 (Kısaltma: **Dürig/Herzog/Scholz/Yazar**)

Edis, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş Ve Başlangıç Hükümleri, 6. Basım, Ankara 1997 (Kısaltma: **Edis**)

Eichel, Florian, Die Revisibilität ausländischen Rechts nach der Neufassung des § 545 Abs. 1 ZPO, IPRax 2009 (Kısaltma: **Eichel**)

Eichele, Karl/Hirtz, Bern/Oberheim, Rainer, Berufung im Zivilprozess, 5. Aufl., 2017 (Kısaltma: **Yazar**, in: Eichele/Hirtz/Oberheim)

Ekşi, Nuray, Yabancı Hukukun Tespiti Ve Uygulanması Mukayeseli Bir İnceleme, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 3, S. 1, 2014 (Kısaltma: **Ekşi**)

Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl., 2018 (Kısaltma: **Engisch**, Einführung)

Engisch, Karl, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, Heidelberg 1943 (Kısaltma: **Engisch**, Logische)

Ercan, İbrahim, Güncel Tartışmalar Işığında Hukuk Yargısı Bağlamında Alman İstinaf Sistemi, Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C. 2, 2001 (Kısaltma: **Ercan**)

Erdoğan, Ersin, Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi, 2017 (Kısaltma: **Erdoğan**, Hakem Kararları)

Erdoğan, Ersin, Temyiz İncelemesinde Yabancı Hukukun Denetimi, YD., C. 44, S. 3, 2018
(Kısaltma: **Erdoğan**, Yabancı Hukuk)

Erdoğan, Ersin/Erzurumlu-Işık, Nurbanu, Emsal Mahkeme Kararlarının Bağlayıcılığı, Selçuk Öztekin'e Armağan, C. 2, İstanbul 2022 (Kısaltma: **Erdoğan/Erzurumlu-Işık**)

Erdoğan, Ersin/Üçüncü, S. Hilal, Birliklilik Kurumu Ve Birlikli Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar, HHFD, C. 10, S. 1, 2020 (Kısaltma: **Erdoğan/Üçüncü**)

Eren, Abdullah, Anayasa Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 2021 (Kısaltma: **Eren**, Anayasa)

Ergül, Ozan, Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine, Erdal Onar Armağanı Cilt I, 2013 (Kısaltma: **Ergül**)

Ermenek, İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, 1. B., Ankara 2014 (Kısaltma: **Ermenek**)

Ertanhan, Mesut, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005 (Kısaltma: **Ertanhan**)

Erzurumlu-Işık, Nurbanu, Mahkeme İçtihatları Yoluyla Medenî Usûl Hukukunun İnşası, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2020 (Kısaltma: **Erzurumlu-Işık**)

Essinger, Friedrich, Gesetzesverletzung als Revisionsgrund im Zivilprozess, Nürnberg 1912
(Kısaltma: **Essinger**)

Fasching, Hans W., Die Entwicklung des zivilgerichtlichen Berufungsverfahrens in der Rechtsprechung, in: FG Hans W. Fasching, Wien 1993 (Kısaltma: **Fasching**, Berufung)

Fasching, Hans W., Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts , 2. Aufl., Wien 1990
(Kısaltma: **Fasching**, Lehrbuch)

Fasching, Hans W., Probleme des Revisionsverfahrens, Skizze einer rechtsvergleichenden Betrachtung der Revision im deutschen und im österreichischen Zivilprozess, Berlin-Newyork 1971 (Kısaltma: **Fasching**, Probleme des Revisionsverfahrens)

Fasching, Hans W., Rechtliches Gehör und Rationalisierung des zivilgerichtlichen Verfahrens in Österreich, FS Hideo Nakamura, Tokyo 1996 (K1saltma: **Fasching**, Rechtliches Gehör)

Fasching, Hans W., Zur Auslegung der Zivilverfahrensgesetze, JBl 1990 (K1saltma: **Fasching**, Auslegung)

Fasching, Hans W./Konecny, Andreas (Hrsg.), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Band IV/I, 2. Aufl., Wien 2005 (K1saltma: **Yazar**, in: Fasching/Konecny)

Fellner, Christoph, Berücksichtigung eines neuen Sachvortrags mit neuen Angriffs und Verteidigungsmitteln und die Folgen in der Berufungsinstanz, MDR 2004 (K1saltma: **Fellner**)

Ferrand, Frédérique, Justizentlastung in Frankreich, ZZPInt 2 (1997) (K1saltma: **Ferrand**)

Fischer, Nikolaj, Verfassungsrechtliche Probleme des „neuen“ zivilprozessualen Revisionsrechts, AnwBl 2002 (K1saltma: **Fischer**, Verfassungsrechtliche Probleme)

Fischer, Robert, Zur Entwicklung des Revisionsrechts seit dem Bestehen des Bundesgerichtshofs, DRiZ 1978 (K1saltma: **Fischer**, Zur Entwicklung)

Flume, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2: Das Rechtsgeschäft, Lehrbuch, 4. Aufl. Berlin 1992 (K1saltma: **Flume**)

Fucik, Robert, Begründen überschießende Feststellungen oder Verstöße gegen das Neuerungsverbot Verfahrensmangel nach der öZPO?, FS Gert Delle Karth, Wien 2013 (K1saltma: **Fucik**, Begründen)

Fucik, Robert/Klauser, Alexander/Kloiber, Barbara, Österreichisches und Europäisches Zivilprozessrecht, 12. Aufl., Wien 2015 (K1saltma: **Fucik/Klauser/Kloiber**, ZPR)

Furrer, Andreas/Girsberger, Daniel/Müller-Chen, Markus (Hrsg.), Internationales Privatrecht CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (K1saltma: **CHK IPRG – Yazar**)

Gaier, Reinhard, Das neue Berufungsverfahren in der Rechtsprechung des BGH, NJW 2004 (K1saltma: **Gaier**, Berufungsverfahren)

Gaier, Reinhard, Die Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung des BGH, NJW-Sonderheft 2. Hannoveraner ZPO-Symposion, 20. September 2003 (Kısaltma: **Gaier**, Nichtzulassungsbeschwerde)

Ganner, Michael, Selbstbestimmung im Alter, Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland, Wien 2005 (Kısaltma: **Ganner**)

Gasser, Dominik/Rickli, Brigitte, Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (Kısaltma: **Gasser/Rickli**)

Gauch, Peter/Schmid, Jörg (Hrsg.), “Einleitung, Art. 1-7 ZGB, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Das Personenrecht, ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. I/1, Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, 1998 (Kısaltma: **ZK ZGB- Yazar**)

Gaul, Hans Friedhelm, Yargılamanın Amacı- Güncelliğini Koruyan Bir Konu (çev. Nevhis Deren Yıldırım), İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku (der. Kamil Yıldırım), 6. Bası, İstanbul 2011 (Kısaltma: **Gaul**, Amaç)

Gaul, Hans Friedhelm, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozess, AcP 168 (1968) (Kısaltma: **Gaul**, Zweck)

Gehri, Myriam A./Jent-Sørensen, Ingrid/Sarbach, Martin (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, OFK - Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2015 (Kısaltma: **OFK ZPO – Yazar**)

Gehrlein, Markus, Erste Erfahrungen mit der reformierten ZPO- Erstinstanzliches Verfahren und Berufung, MDR 2003 (Kısaltma: **Gehrlein**, MDR 2003)

Gehrlein, Markus, Neue höchstrichterliche Rechtsprechung zum ZPO - Verfahren in der Berufung, MDR 2004 (Kısaltma: **Gehrlein**, Berufung)

Geipel, Andreas, Handbuch der Beweiswürdigung, 3. Aufl., München 2017 (Kısaltma: **Geipel**)

Geiser, Thomas/Münch, Peter/Uhlmann, Felix/Gelzer, Philipp S. (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis Prozessieren vor Bundesgericht (HAP Bundesgericht), 4. Aufl., Basel 2014 (Kısaltma: **HAP Bundesgericht – Yazar**)

Gelbrich, Katharina, § 522 Abs. 2 und 3 ZPO im Kontext des Rechtsmittelsystems – eine rechtsvergleichende Untersuchung, Remscheid 2014 (Kısaltma: **Gelbrich**)

Germann, Oscar Adolf, Präjudizien als Rechtsquelle - Eine Studie zu den Methoden der Rechtsfindung-,1960 (Kısaltma: **Germann**)

Gilles, Peter, Ziviljustiz und Rechtsmittelproblematik, Köln 1992 (Kısaltma: **Gilles**, Rechtsmittelproblematik)

Gilles, Peter, 2002 Medeni Usul Hukuku Reformu Sonrası Hipertrofik Bir Medeni Yargının Problem Sahası Olarak Alman Kanun Yolu Sistemi, (Çev. Evrim Erişir), Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007 (Kısaltma: **Gilles**, Hipertrofik)

Gilles, Peter, Almanya’da Kararlara Karşı Kanun Yolları: Çeşitlilik, Karmaşıklık, Klişeler ve Sorgulanabilir Meşruiyet, (Çev. Abdulkadir Haşhaş), DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı: Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2014 (Kısaltma: **Gilles**, Almanya’da Kararlara Karşı Kanun Yolları)

Gilles, Peter, Anschliessung, Beschwer, Verbot der reformatio in peius und Parteidispositionen über die Sache in höherer Instanz, ZZP 91 (1978) (Kısaltma: **Gilles**, Anschliessung)

Gilles, Peter, Die Berufung in Zivilsachen und die zivilgerichtliche Instanzenordnung, in: Humane Justiz, Die deutschen Landsberichte zum ersten internationalen Kongreß für Zivilproßrecht, Gilles, Peter (Hrsg.), Gent 1977 (Kısaltma: **Gilles**, Berufung)

Gilles, Peter, Rechtsmittel im Zivilprozeß, Frankfurt am Main 1972 (Kısaltma: **Gilles**, Rechtsmittel)

Gottwald, Peter, 2001 Reform Kanunu’nun Ardından Almanya’da Medenî Usûl Hukuku, (Çev. Murat Atalı/Mustafa Göksu) Legal Medeni Usul İcra İflas Dergisi, 2006/3 (Kısaltma: **Gottwald**, 2001 Reform Kanunu)

Gottwald, Peter, Alman Federal Adalet Mahkemesi-Genel İlkeler ve Bireysel Adalet Arasında Yer Alan Bir Yüksek Mahkeme, (Çev. Fulya Teomete Yalabık), MİHDER, C. 9, S. 24, 2013/1 (Kısaltma: **Gottwald**, Alman Federal Adalet Mahkemesi)

Gottwald, Peter, Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, Berlin 1975 (Kısaltma: **Gottwald**, Revisionsinstanz)

Gottwald, Peter, Ein fast perfektes System – Zivilrechtsschutz in Deutschland, FS Wolfgang Krüger 2017 (Kısaltma: **Gottwald**, Zivilrechtsschutz)

Gottwald, Peter, Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts?, Gutachten A für den 61. Deutschen Juristentag, München (1996) (Kısaltma: **Gottwald**, 61. DJT)

Gottwald, Peter, Verfassungsrechtliche Fragen des neuen deutschen Rechtsmittelrechts, FS Nemeth Janos, Budapest 2003 (Kısaltma: **Gottwald**, Verfassungsrechtliche Fragen)

Gökcan, Hasan Tahsin, Bireysel Başvuruda İkincilik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu, TBBD 2018/135 (Kısaltma: **Gökcan**)

Gören, Zafer, Temel Hak Genel Teorisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 4. Baskı, İzmir 2000 (Kısaltma: **Gören**, Temel Hak)

Gören, Zafer, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi-Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu (11.05.2001), BTHAE, Ankara 2001 (Kısaltma: **Gören**, Özel Hukuk)

Görgün, Şanal/Börü, Levent/Toraman, Barış/Kodakoğlu, Mehmet, Medenî Usûl Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2021 (Kısaltma: **Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu**)

Götz, Andreas, Die verfassungskonforme Auslegung – zugleich ein Beitrag zu ihrer Stellung im System der juristischen Methodenlehre, StudZR 2010/1 (Kısaltma: **Götz**)

Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, 16. Baskı, Bursa 2019 (Kısaltma: **Gözler**, Hukuka Giriş)

Gözler, Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş, Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara 1998 (Kısaltma: **Gözler**, Norm)

Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 22. Baskı, Bursa 2018 (Kısaltma: **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku)

Graber, Michael, Die Berufung in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011 (Kısaltma: **Graber**)

Grave, Helmut/Mühle, Hans-Jochen, Denkgesetze und Erfahrungssätze als Prüfungsmaßstab im Revisionsverfahren, MDR 1975 (K1saltma: **Grave/Mühle**)

Greger, Reinhard, Der deutsche Zivilprozess im Umbruch, FS Kostas E. Beys, Athen 2003 (K1saltma: **Greger**, Zivilprozess)

Greger, Reinhard, Tatsachenfeststellung durch das Berufungsgericht, NJW 2003 (K1saltma: **Greger**, Tatsachenfeststellung)

Grolimund, Pascal/Loacker, Leander D./ Schnyder, Anton K. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Internationales Privatrecht, 4.Aufl., Basel 2020 (K1saltma: **BSK IPRG – Yazar**)

Groner, Roger, Beweisrecht: Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Bern 2011 (K1saltma: **Groner**)

Gröschner, Rolf, Subsumtion – Technik oder Theorie?, Baden-Baden 2014 (K1saltma: **Gröschner**)

Grunsky, Wolfgang, Berücksichtigung neuen Tatsachenvortrags in der Berufungsinstanz, LMK 2005 (K1saltma: **Grunsky**, Berücksichtigung)

Grunsky, Wolfgang, Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1970 (K1saltma: **Grunsky**, Grenzen)

Grunsky, Wolfgang, Zum Tatsachenstoff im Berufungsverfahren nach der Reform der ZPO, NJW 2002 (K1saltma: **Grunsky**, Tatsachenstoff)

Grunsky, Wolfgang/Jacoby, Florian, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München 2018 (K1saltma: **Grunsky/Jacoby**)

Guldener, Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl, Zürich 1979 (K1saltma: **Guldener**)

Gummer, Peter, Die Revision- noch ein Weg zur Einzelfallgerechtigkeit?, FS Max Vollkommer, Köln 2006 (K1saltma: **Gummer**)

Gündoğdu, Burak Süleyman, Medenî Yargıda Usûl Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesince Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi, İstanbul 2021 (K1saltma: **Gündoğdu**)

Güneş, Şule, Medeni Usul Hukukunda İstinaf İncelemesi Sonunda Verilebilecek Kararlar Ve Sonuçları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019 (Kısaltma: **Güneş**)

Gürdoğan, Burhan, Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960 (Kısaltma: **Gürdoğan**, Kesin Hüküm)

Gürdoğan, Burhan, Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk, AÜSBFD, C. 11, S. 3, 1956 (Kısaltma: **Gürdoğan**, Temyiz)

Gürdoğan, Burhan, Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi, Ankara Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Enstitüsü Yayınlar No. 7, 1967 (Kısaltma: **Gürdoğan**, Takdir Hakkı)

Güriz, Adnan, Hukuk Başlangıcı, 12. Baskı, Ankara 2009 (Kısaltma: **Güriz**, Hukuk)

Habscheid, Walter J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt am Main 1990 (Kısaltma: **Habscheid**)

Hägi, Ernst, Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im schweizerischen im deutschen Zivilprozess, Zurich 1975 (Kısaltma: **Hägi**)

Hainmüller, Dietmar, Der Anscheinbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadenersatzprozeß, Tübingen 1966 (Kısaltma: **Hainmüller**)

Hannich, Rolf/Christian, Meyer-Seitz (Hrsg.), ZPO-Reform 2002 mit Zustellungsreformgesetz, München 2002 (Kısaltma: **Yazar**, in: Hannich/Meyer-Seitz)

Harras von Harrasowsky, Philipp Ritter, Die Rechtsmittel im Civilprocesse nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung, Wien 1879 (Kısaltma: **Harras von Harrasowsky**)

Haspl, Rüdiger, Die Kontrolle der tatrichterlichen Auslegung von individuellen Willenserklärungen durch die Rechtsmittelinstanz, Frankfurt am Main 2008 (Kısaltma: **Haspl**)

Hatemi, Hüseyin, Medeni Hukuk'a Giriş, 6. Bası, İstanbul 2012 (Kısaltma: **Hatemi**)

Hauser, Robert, Die Wahrung der Einheit der Rechtsprechung in rechtsvergleichender Sicht, FS Karl Heinz Schwab München 1990 (Kısaltma: **Hauser**)

Hausheer, Heinz/ Walter, Hans Peter (Hrsg.), Einleitung, Art. 1-9 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Berner Kommentar Band I/1, Bern 2012 (K1saltma: **BK ZGB - Yazar**)

Hausheer, Heinz/Jaun, Manuel, Die Einleitungsartikel des ZGB Art. 1-10 ZGB, SHK - Stämpfli Handkommentar, 2003 (K1saltma: **SHK ZGB- Hausheer/Jaun**)

Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2012 (K1saltma: **BK ZPO – Yazar**)

Heiderhoff, Bettina, Die Tatsachenbindung des Berufungsgerichts nach der ZPO-Reform, JZ 2003/10 (K1saltma: **Heiderhoff**)

Heinze, Minhard, Parteiherrschaft versus Richtermacht im Zivilprozess, FS Kostas E. Beys, Athen 2003 (K1saltma: **Heinze**)

Helvacı, Serap/Erlüle, Fulya, Medeni Hukuk, Medeni Hukuka Giriş Kişiler Hukuku Aile Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2016 (K1saltma: **Helvacı/Erlüle**)

Henckel, Wolfram, Die ergänzende Vertragsauslegung, AcP 159 (1960) (K1saltma: **Henckel**, Vertragsauslegung)

Henke, Horst-Eberhard, Die Tatfrage: Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität, Berlin 1966 (K1saltma: **Henke**, Die Tatfrage)

Henke, Horst-Eberhard, Rechtserkenntnis, Rechtsfortbildung und Konfliktlösung: Die Verfahrenstypen der Zivilprozessordnung in erster und in höherer Instanz, ZZP 109 (1996) (K1saltma: **Henke**, Rechtserkenntnis)

Henke, Horst-Eberhard, Rechtsfrage oder Tatfrage - eine Frage ohne Antwort?, ZZP 81 (1968) (K1saltma: **Henke**, Rechtsfrage)

Hess, Burkhard/Hübner, Rudolf, Die Revisibilität ausländischen Rechts nach der Neufassung des § 545 ZPO, NJW 2009 (K1saltma: **Hess/Hübner**)

Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999 (K1saltma: **Hesse**, Grundzüge)

Heßler, Hans Joachim, Die Berufungsinstanz nach dem Zivilprozessreformgesetz von 2002 - Tatsachen- oder Rechtskontrollinstanz? NJW 2005 Sonderheft BayOLG (K1saltma: **Heßler**, Berufungsinstanz)

Hirsch, Ernst E., Anayasa'nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri, Birinci Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler, 1971 (K1saltma: **Hirsch**, Anayasa)

Hirsch, Günter, Verfassungsrechtliches Bestimmtheitsgebot und gerichtliche Auslegung am Beispiel der neuen Zugansvoraussetzungen zur dritten Instanz, FS Joachim Wenzel, 2005 (K1saltma: **Hirsch**, Verfassungsrechtliches Bestimmtheitsgebot)

Hirtz, Bernd, Die Bindung des Berufungsgerichts an die Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Urteil – eine Chimäre, FS Karl Eichele, 2013 (K1saltma: **Hirtz**, Die Bindung des Berufungsgerichts)

Hirtz, Bernd, Die Reform der ZPO - eine Wirkungskontrolle. Das neue Berufungsrecht in: Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentages (Bonn 2004), Band I, Gutachten, Berichte (K1saltma: **Hirtz**, Wirkungskontrolle)

Hirtz, Bernd, Gegen das Mantra von der Bindung des Berufungsgerichts, NJW 2014 (K1saltma: **Hirtz**, Gegen das Mantra)

Hollaender, Adrian, Die Revisibilität von Verfahrensmängeln im Zivilprozess, RZ 2015 (K1saltma: **Hollaender**)

Holzhammer, Richard, Österreichisches Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Wien-New York 1976 (K1saltma: **Holzhammer**)

Holzheid, Dietrich, Gesetzesverletzung als Grundlage der Revision im Zivilprozeß, Nürnberg 1933 (K1saltma: **Holzheid**)

Hovens, Franciscus J.H., Hukuk Yargılamasında İstinaf, Hukuk Davalarında İstinafin İşlevlerine Yönelik Mukayeseli Bir Araştırma, (Çev. Mustafa Özbek), MİHDER, C. 2, S. 5, 2006 (K1saltma: **Hovens**)

Hoyer, Hans, Anmerkung zu OGH 1 Ob 515/90, JBl 1991 (K1saltma: **Hoyer**)

Höllwerth, Johann/Ziehensack, Helmut (Hrsg.), ZPO Taschenkommentar, 1. Aufl., 2019 (Kısaltma: **Yazar**, in: Höllwerth/Ziehensack)

Hubmann, Heinrich, Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 155 (1956) (Kısaltma: **Hubmann**)

Hurni, Christoph, Zum Rechtsmittelgegenstand im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2018 (Kısaltma: **Hurni**)

Hübner, Rudolf, Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten, Grundlagen und europäische Perspektiven der Ermittlung ausländischen Rechts im gerichtlichen Verfahren, Tübingen 2014 (Kısaltma: **Hübner**)

Işıқтаç, Yasemin, Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması, 2. Bası, İstanbul 2004 (Kısaltma: **Işıқтаç**, Hukuk)

Işıқтаç, Yasemin, Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku, İstanbul 2009 (Kısaltma: **Işıқтаç**, Örf ve Adet)

Işıқтаç, Yasemin/Metin, Sevtap, Hukuk Metodolojisi, 5. Bası, İstanbul 2016 (Kısaltma: **Işıқтаç/Metin**)

Jacobs, Matthias/Frieling, Tino, Revisibilität ausländischen Rechts in den deutschen Verfahrensgesetzen - zugleich Besprechung des Beschlusses des Bundesgerichtshofs vom 4. Juli 2013-, ZZP 127 (2014) (Kısaltma: **Jacobs/Frieling**)

Jauernig, Othmar/Hess, Burkhard, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., München 2011 (Kısaltma: **Jauernig/Hess**)

Jonquéres, Jean, Die Überprüfung von Tatsachenfeststellungen durch die Cour de Cassation-zivilrechtliche Aspekte, in: Tatsachenfeststellungen in der Revisionsinstanz, Schlosser, Peter (Hrsg.), Frankfurt am Main 1982 (Kısaltma: **Jonquéres**)

Kaboğlu, İbrahim Ö. Anayasa Hukuku Dersleri, 17. Bası, İstanbul 2023 (Kısaltma: **Kaboğlu**)

Kaneti, Selim, Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri, AYD 1989 (Kısaltma: **Kaneti**)

Karaaslan Varol, Senetle İspat Mecburiyeti Gerçekten Bir Mecburiyet mi?, MİHDER, C.15, S. 44, 2019/3 (Kısaltma: **Karaaslan**, Senetle İspat)

Karaaslan, Varol, Kanun Yolu Sistemine Eleştirel Bir Bakış, MİHDER, C.15, S. 43, 2019/2 (Kısaltma: **Karaaslan**, Kanun Yolu)

Karaaslan, Varol, Medeni Usul Hukukunda Hakim Davayı Aydınlatma Ödevi, Kocaeli 2013 (Kısaltma: **Karaaslan**, Aydınlatma Ödevi)

Karafakih, İsmail Hakkı, Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952 (Kısaltma: Karafakih)

Karşlı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2020 (Kısaltma: **Karşlı**, Medeni Muhakeme)

Karşlı, Abdurrahim, İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi, İstanbul 1995 (Kısaltma: **Karşlı**, Temyiz)

Kayhan, Fahrettin, Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İçtihatlarının Ve İçtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü, TBBD, 1999/2 (Kısaltma: **Kayhan**)

Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960 (Kısaltma: **Kelsen**)

Kerameus, Konstantinos D., Revisibilität ausländischen Rechts ZZP 99 (1989) (Kısaltma: **Kerameus**, Revisibilität)

Keser, Leyla, İlk Görünüş İspatı (prima facie beweis), Mahmut Birsel'e Armağan, İzmir 2001 (Kısaltma: **Keser**)

Keskin, Serap, Ceza Muhakemesinde Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 1996 (Kısaltma: **Keskin**)

Kılıçoğlu, Ahmet M., Medeni Hukuk, Ankara 2016 (Kısaltma: **Kılıçoğlu**, Medeni Hukuk)

Kıratlı, Metin, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu, Ankara 1966 (Kısaltma: **Kıratlı**)

Kiraz, Taylan Özgür, Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara 2013 (Kısaltma: **Kiraz**)

Kisch, Wilhelm, Zum Nachprüfungsrecht des Revisionsgerichtes, JR 1926 (Kısaltma: **Kisch**)

Klasuer, Alexander/Kodek, Georg E., Jurisdiktionsnorm und Zivilprozessordnung samt Einführungsgesetzen und Nebengesetzen sowie den Vorschriften des Europäischen Zivilprozessrechts, 18. Aufl., Wien 2018 (Kısaltma: **Klasuer/Kodek**, JN-ZPO)

Klein, Eckart, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989 (Kısaltma: **Klein**)

Klendauer, Ruth/Streicher, Bernhard/Jonas, Eva/Frey, Dieter, Fairness und Gerechtigkeit, in: Handbuch der Sozialpsychologie und Kommunikationspsychologie, Bierhoff, Hans-Werner/ Frey, Dieter (Hrsg.), Göttingen 2006 (Kısaltma: **Klendauer/Streicher/Jonas/Frey**)

Kley, Andreas, Der wissenschaftliche Streit um die Drittwirkung der Grundrechte 1987–1989, in: Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, L'homme et son droit, Zürich 2011 (Kısaltma: **Kley**)

Klug, Ulrich, Die Verletzung von Denkgesetzen als Revisionsgrund, FS Philipp Möhring, München- Berlin 1965 (Kısaltma: **Klug**)

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm : Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, C. I, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul 2014 (Kısaltma: **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**)

Kodek, Georg, E./Mayr, Peter G., Zivilprozessrecht, Wien 2011 (Kısaltma: **Kodek/Mayr**)

Kodek, Georg E., Praxistipps zum Berufungsverfahren, Zak 2016/20 (Kısaltma: **Kodek**, Zak 2016)

Kodek, Georg E., Praxistipps zur Revision, Zak 2007/68 (Kısaltma: **Kodek**, Zak 2007)

Kodek, Georg E., Zugang zum OGH bei Verfahrensmängeln: Versuch einer Klarstellung, Zak 2020/35 (Kısaltma: **Kodek**, Zak 2020)

Kolotouros, Panagiotis, Der Rechtsmittelgegenstand im Zivilprozeß: Die Rechtsmittel zwischen Kassation und Verfahrensfortsetzung, Berlin 1992 (Kısaltma: **Kolotouros**)

Konuralp, Haluk, Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafin Yeri, Hukuk Davaları Açısından, AÜHFD, C. 50, S. 1, 2001 (Kısaltma: **Konuralp**, İstinaf)

Konuralp, Haluk, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Tasarısına Göre İstinaf Derecesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı II-III, İstinaf Derecesi Yargıtay

Kararlarının Değerlendirilmesi Bilirkişilik İflasın Ertelenmesi, Eskişehir 3-5 Ekim 2003, 1-2 Ekim 2004, Ankara 2007 (Kısaltma: **Konuralp**, İstinaf Derecesi)

Konuralp, Haluk/Hanağası, Emel, Fransız Hukuku'nda İptal Amaçlı İstinaf Yolu, Legal Hukuk Dergisi, Haziran 2007 (Kısaltma: **Konuralp/Hanağası**)

Konzen, Horst, Normtatsachen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, FS Hans Friedhelm Gaul, 1997 (Kısaltma: **Konzen**)

Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan /Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (Hrsg.), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar, , 4. Aufl. 2021 (Kısaltma: **OFK ZGB -Yazar**)

Köküsarı, İsmail, “Açık Keyfilik” ve “Bariz Takdir Hatası” Nedeniyle Adil Yargılanma Hakkının İhlali Meselesi, AHBVÜHFD, C. XXV, S. 2, 2021 (Kısaltma: **Köküsarı**)

Kralik, Rodrich, Die Beweiswürdigung im zivilgerichtlichen Verfahren, ÖJZ 1954 (Kısaltma: **Kralik**, Beweiswürdigung)

Kralik, Winfried, Das fremde Recht vor dem Obersten Gerichtshof, FS Hans W. Fasching, Wien 1988 (Kısaltma: **Kralik**, Das fremde Recht)

Kralik, Winfried, Der Zugang zum OGH im Außerstreitverfahren, JBl 1991 (Kısaltma: **Kralik**, Zugang)

Kramer, Ernst A., Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., 2019 (Kısaltma: **Kramer**, Methodenlehre)

Kramer, Wolfgang, Die Berufung in Zivilsachen 8.Aufl., 2015 (Kısaltma: **Kramer**, Berufung)

Kriele, Martin, Kriterien der Gerechtigkeit, Berlin 1963 (Kısaltma: **Kriele**)

Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2, 6. Aufl., München 2020 (Kısaltma: **MüKoZPO/Yazar**)

Kuchinke, Kurt, Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, Bielefeld 1964 (Kısaltma: **Kuchinke**)

Kuhlmann, Axel, Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozessrecht, Berlin 2010 (Kısaltma: **Kuhlmann**)

Kulick, Andreas, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020 (Kısaltma: **Kulick**)

Kunz, Oliver M./Hoffmann-Nowotny, Urs H./Stauber, Demian, ZPO- Rechtsmittel Berufung und Beschwerde Kommentar, Basel 2013 (Kısaltma: **ZPO Rechtsmittel – Yazar**)

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 6. Baskı, İstanbul 2001 (Kısaltma: **Kuru**, C. 2)

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, 6. Baskı, İstanbul 2001 (Kısaltma: **Kuru**, C. 5)

Kuru, Baki, Hukuk Usulünde Aleyhe Bozma Yasağı, AÜHFD, C. 30, S. 1/4, 1973 (Kısaltma: **Kuru**, Aleyhe Bozma)

Kuru, Baki, İçtihatların Birleştirilmesi Yolu ile İlgili Bazı Sorunlar, Ankara 1977 (Kısaltma: **Kuru**, İçtihatların Birleştirilmesi)

Kuru, Baki, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C. 2, Ankara 2020 (Kısaltma: **Kuru**, HMK El Kitabı, C. 2)

Kuru, Baki/Aydın, Burak, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2020 (Kısaltma: **Kuru/Aydın**)

Lames, Peter, Rechtsforbildung als Prozesszweck, zur Dogmatik des Zivilverfahrensrechts, Tübingen 1993 (Kısaltma: **Lames**)

Lange, Thomas, Prozessstoff und Prüfungsumfang in der Berufungsinstanz nach der ZPO Reform 2002, Hamburg 2007 (Kısaltma: **Lange**)

Längsfeld, Alexander M. H., Grundfälle zur Berufung in der ZPO-Teil II: Begründetheit, JA 2013/5 (Kısaltma: **Längsfeld**)

Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991 (Kısaltma: **Larenz**, Methodenlehre)

Larenz, Karl, Richtiges Recht - Grundzüge einer Rechtsethik, München 1979 (K1saltma: **Larenz**, Richtiges Recht)

Larenz, Karl, Über die Bindungswirkung von Präjudizien, FS Hans Schima, 1969 (K1saltma: **Larenz**, Bindungswirkung)

Larenz, Karl/Canaris, Claus- Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., München 1995 (K1saltma: **Larenz/Canaris**)

Lechner, Herbert, Die Rechtsprechung des BGH zum neuen Berufsrecht im Lichte der Intentionen des Gesetzgebers, NJW 2004 (K1saltma: **Lechner**)

Leipold, Dieter, Ausdrückliche und stillschweigende Entscheidung, ZZP 81 (1968) (K1saltma: **Leipold**, Ausdrückliche)

Leipold, Dieter, Rechtsmittel als Verfahrensfortsetzung oder Entscheidungskontrolle, in: Rechtsmittel im Zivilprozess -unter besonderer Berücksichtigung der Berufung-, Gilles, Peter/Röhl, Klaus F./Schuster, Paul/Strempel, Dieter (Hrsg.), Köln 1985 (K1saltma: **Leipold**, Rechtsmittel)

Leuenberger, Christoph, Das Rechtsmittelverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Haftpflichtprozess 2009, Fellmann, Walter/Weber, Stephan (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2009 (K1saltma: **Leuenberger**)

Leuenberger, Christoph/Uffer-Tobler, Beatrice, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2016 (K1saltma: **Leuenberger/Uffer-Tobler**)

Lorenz, Max, Über die volle Berufung im deutschen und die beschränkte Berufung im österreichischen Zivilprozessrecht, ZZP 65 (1952) (K1saltma: **Lorenz**)

Löhnig, Martin, Der Prozessstoff des Berufungsverfahrens aus Sicht der Revision, FamRZ 2004 (K1saltma: **Löhnig**)

Manigk, Alfred, Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen, Mit Beiträgen zur Methodik der Rechts- und Tatfrage, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (Hrsg. von Otto Schreiber), Sechster Band, Zivilprozeßrecht, Berlin, Leipzig 1929 (K1saltma: **Manigk**)

Mannheim, Hermann, Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren, Berlin 1925 (K1saltma: **Mannheim**)

Manteuffel, Kerstin, Die erneute Tatsachenfeststellung in der Berufung, NJW 2005 (K1saltma: **Manteuffel**)

Martin, Reiner, Prozessvoraussetzungen und Revision, 1974 (K1saltma: **Martin**, Prozessvoraussetzungen)

Mattern, Friedrich, Neues Vorbringen in der Revisionsinstanz, JZ 1963 (K1saltma: **Mattern**, Neues Vorbringen)

Mattern, Friedrich, Neues Vorbringen in der Revisionsinstanz, JZ 1963 (K1saltma: **Mattern**)

Maultzsch, Felix, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, Tübingen 2010 (K1saltma: **Maultzsch**)

May, Arthur, Auslegung individueller Willenserklärungen durch das Revisionsgericht?, NJW 1983 (K1saltma: **May**, Auslegung)

May, Artur, Die Revision in den zivil- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, 2. Aufl, 1997 (K1saltma: **May**, Revision)

Meier-Hayoz, Arthur, Artikel 1 ZGB, Berner Kommentar (BK) zum Schweizerischen Privatrecht, 1962 (Nachdruck 1966) (K1saltma: **BK ZGB - Meier-Hayoz**)

Meier, Isaak, Iura Novit Curia, Die Verwirklichung dieses Grundsatzes im schweizerischen Zivilprozessrecht Zürich 1975 (K1saltma: **Meier**, Iura)

Meier, Isaak, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich/Basel/Genf 2010 (K1saltma: **Meier**, sZPO)

Meier, Raoul A., Die Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast im ordentlichen und vereinfachten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2014 (K1saltma: **Meier**, Die Behauptungs)

Meller-Hannich, Caroline, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 2016 (K1saltma: **Meller-Hannich**, ZPR)

Meller-Hannich, Caroline, Zur Präklusion der Verjährungseinrede in der Berufungsinstanz, NJW 2006 (K1saltma: **Meller-Hannich**, Präklusion)

Meraklı-Yayla, Deniz, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014 (K1saltma: **Meraklı-Yayla**)

Meriç, Nedim, Türk ve Alman Hukukunda Tanık İfadesinin Değerlendirilmesi, MİHDER, 2005/1 (K1saltma: **Meriç**)

Messer, Herbert, Die revisionsrichterliche Nachprüfung der Vertragsauslegung, FS Walter Odersky 1996 (K1saltma: **Messer**)

Messmer, Georg/Imboden, Hermann, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen - Berufung, zivilrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde und staatsrechtliche Beschwerde, Zürich 1992 (K1saltma: **Messmer/Imboden**)

Metzger, Axel, Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, 2009 (K1saltma: **Metzger**)

Meyer-Mickeleit, Martin, Revision, Kassation und Final Appeal, München 1996 (K1saltma: **Meyer-Mickeleit**)

Meyer, Lorenz, Wege zum Bundesgericht - Übersicht und Stolpersteine, ZBJV 2010/146 (K1saltma: **Meyer**, Bundesgericht)

Meyer, Ulrich, Tatfrage – Rechtsfrage, Anwaltsrevue 2016 (K1saltma: **Meyer**, Tatfrage)

Mitsopoulos, Georg, Die Unterscheidung zwischen Tatfrage und Rechtsfrage im Kassationsverfahren, ZZP 81 (1968) (K1saltma: **Mitsopoulos**, Die Unterscheidung)

Mitsopoulos, Georg, Zur Trennung von Rechts- und Tatfrage, ZZP 120 (2007) (K1saltma: **Mitsopoulos**, Zur Trennung)

Möllers, Thomas M.J., Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2020 (K1saltma: **Möllers**, Methodenlehre)

Muckel, Stefan, Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft – Folgen für Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, in: Öffentliches Recht und Privatrecht, VVDStRL 79 (2020) (K1saltma: **Muckel**)

Musielak, Hans-Joachim, Der Zugang zur Revisionsinstanz im Zivilprozess, FS Walter Gerhardt, Köln 2004 (K1saltma: **Musielak**, Der Zugang)

Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsrecht Kommentar, 16. Aufl., München 2019 (K1saltma: **Musielak/Voit/Yazar**)

Müller-Chen, Markus/Lüchinger, Corinne Widmer (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018 (K1saltma: **ZK IPRG – Yazar**)

Müller, Georg, Die Drittwirkung der Grundrechte, ZBl 79 (1978) (K1saltma: **Müller**, Die Drittwirkung)

Müller, Jörg Paul, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Bern 1964 (K1saltma: **Müller**, Die Grundrechte)

Müller, Jörg Paul, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, 1982 (K1saltma: **Müller**, Elemente)

Müller, Rudolf, Wichtige Verfahrensfragen der Sozialgerichtsbarkeit in Leistungsstreitverfahren, DRdA 1997 (K1saltma: **Müller**, Verfahrensfragen)

Münchbach, Werner/Lotz, Michael, Justizreform- Reform oder gut verkaufter Abbau des Rechtsschutzsystems?, ZRP 1999 (K1saltma: **Münchbach/Lotz**)

Namlı, Mert, Türk ve Fransız Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, İstanbul 2014 (K1saltma: **Namlı**)

Nassall, Wendt, Die Grenzen des Ermessens des Berufungsgericht bei Anordnung der Wiederholung einer erstinstanzlichen Zeugenvernehmung, ZZP 98 (1985) (K1saltma: **Nassall**, Zeugenvernehmung)

Nassall, Wendt, Nichtzulassungsbeschwerde und Revision, 2018 (K1saltma: **Nassall**, Revision)

Nassall, Wendt, Zehn Jahre ZPO-Reform vor dem BGH, NJW 2012 (K1saltma: **Nassall**, NJW 2012)

Neufert, Gerald, Die Revisibilität der Auslegung individueller Vertragserklärungen, Unter besonderer Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung, 1988 (K1saltma: **Neufert**)

Neuner, Jörg, Das BVerfG im Labyrinth der Drittwirkung, NJW 2020 (K1saltma: **Neuner**)

Nierwetberg, Rüdiger, Die Unterscheidung von Tatfrage und Rechtsfrage, JZ 1983 (K1saltma: **Nierwetberg**)

Niggli, Marcel Alexander/Uebersax, Peter/Wiprächtiger, Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (K1saltma: **BSK BGG – Yazar**)

Nipperdey, Hans Carl, Grundrechte und Privatrecht, in: FS Erich Molitor, München 1962 (K1saltma: **Nipperdey, Grundrechte**)

Nipperdey, Hans Carl, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, Recht der Arbeit, 1950 (K1saltma: **Nipperdey, Gleicher**)

Nomer, Ergin, Davada Yabancı Kanun, İstanbul 1972 (K1saltma: **Nomer, Yabancı Kanun**)

Nomer, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, İstanbul 2017 (K1saltma: **Nomer, Hususi Hukuk**)

Oberhammer, Paul/Domej, Tanja/Haas, Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Basel 2014 (K1saltma: **KUKO ZPO – Yazar**)

Oberheim, Rainer, Der Anwalt im Berufungsverfahren, Frankfurt am Main 2003 (K1saltma: **Oberheim**)

Oestmann, Peter, Die Ermittlung von Verkehrssitten und Handelsbräuchen im Zivilprozeß, JZ 2003 (K1saltman: **Oestmann**)

Oğuzman/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 25. Bası, İstanbul 2019 (K1saltma: **Oğuzman/Barlas**)

Okur, Sinan, Türk Medeni Hukuku ve Borçlar Hukukunda Metot, Ankara 2022 (K1saltma: **Okur**)

Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, İstanbul 1966 (K1saltma: **Onar**)

Özbay, İbrahim, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeler Kanununa Göre İstinaftan Sonraki Temyiz Sistemimizde Temyiz Edilebilen ve Edilemeyen Kararlar, İÜHFM, İl Han Özay’a Armağan, 2011 (Kısaltma: **Özbay**)

Özbek, Mustafa Serdar, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği, 3. Baskı, Ankara 2016 (Kısaltma: **Özbek**)

Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 20. Basım, Ankara 2020 (Kısaltma: **Özbudun**)

Özcan, Hüseyin, Drittwirkung der Grundrechte in der Türkei, AÜEHFD, C. IX, S. 3-4, 2005 (Kısaltma: **Özcan**)

Özdamar, Demet, Avrupa Sözleşmeler Hukuku’nda Ve Türk Borçlar Hukuku’nda Örf ve Âdetler İle Teamül ve Uygulamaların Yeri, DEÜHFD Şeref Ertas’a Armağan, 2017 (Kısaltma: **Özdamar**)

Özekes, Muhammet, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi- Özellikle İstinaf-, Legal Hukuk Dergisi, 2004/23 (Kısaltma: **Özekes, İstinaf**)

Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003 (Kısaltma: **Özekes, Hukuki Dinlenilme**)

Özekes, Muhammet, Özel Hukuk – Kamu Hukuku ve Yargılama Hukuku Bakımından Kanunların Zaman İtibariyle Uygulanması, Fırat Öztan’a Armağan, C. II, Ankara 2010 (Kısaltma: **Özekes, Zaman**)

Özekes, Muhammet, Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017 (Kısaltma: **Özekes, Pekcanıtez Usul**)

Özekes, Muhammet/Boran Güneysu, Nilüfer, Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı (HMK m. 353/l-a-6), İstanbul 2021 (Kısaltma: **Özekes/Boran Güneysu**)

Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden, Kesin Hükümün Objektif Sınırları, İstanbul 2009 (Kısaltma: **Özkaya-Ferendeci, Kesin Hüküm**)

Öztek, Selçuk, HUMK m. 427'deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 10.1.1986 Tarihli Kararı, MÜHF-HAD, C. 2, S. 2. 1987 (Kısaltma: **Öztek**, Temyiz)

Öztek, Selçuk, Temyiz Kanun Yolunun Tarihçesine İlişkin Bazı Tespitler, MÜHAD, C. 21, Özel Sayı: Mehmet Akif Aydın'a Armağan, 2015 (Kısaltma: **Öztek**, Kanun Yolu)

Öztek, Selçuk, Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf Kanun Yolu, Amacı ve Felsefesi, Türk Hukukunda İstinaf Reformu Sonrası Yargıtay'ın Temyiz İncelemesinde Hukukilik Denetiminin Sınırları Sempozyumu, Ankara 20-21 Nisan 2017 (Kısaltma: **Öztek**, İstinaf)

Öztek, Selçuk, Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 341-m. 373 Şerhi, Ankara 2021 (Kısaltma: **Öztek**, Şerh)

Paulus, Christoph G., Zivilprozessrecht, 5. Aufl., Berlin 2013 (Kısaltma: **Paulus**)

Pawlowski, Hans-Martin, Aufgabe des Zivilprozesses, ZZP 80 (1967) (Kısaltma: **Pawlowski**, Aufgabe)

Pawlowski, Hans-Martin, Einführung in die Juristische Methodenlehre, Heidelberg 1986 (Kısaltma: **Pawlowski**, Methodenlehre)

Pazarcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, 8. Bası Ankara 2009 (Kısaltma: **Pazarcı**)

Pekcanıtez, Hakan, Bireysel Başvuru Sonunda Verilen Kararların Medenî Yargıya Etkisi, AYD, C. 35, 2018 (Kısaltma: **Pekcanıtez**, Bireysel Başvuru)

Pekcanıtez, Hakan, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Temyiz Kanun Yolunda Yargısal Denetimin Sınırı Maddi ve Hukuki Denetim, Türk Hukukunda İstinaf Reformu Sonrası Yargıtay'ın Temyiz İncelemesinde Hukukilik Denetiminin Sınırları Sempozyumu, 20-21 Nisan 2017 Ankara (Kısaltma: **Pekcanıtez**, Temyiz Denetimi)

Pekcanıtez, Hakan, İcra İflas Hukukunda Şikayet, Ankara 1986 (Kısaltma: **Pekcanıtez**, Şikayet)

Pekcanıtez, Hakan, Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi, TBBD 2019 (144) (Kısaltma: **Pekcanıtez**, Yargıtay)

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 8. Baskı, İstanbul 2020 (Kısaltma: **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, HMK)

Petrasch, Franz, Das neue Revisions –(Rekurs-) Recht, ÖJZ 1983 (Kısaltma: **Petrasch**)

Pfeiffer, Gerd, Der BGH - nur ein Gericht für das Grundsätzliche?, NJW 1999 (Kısaltma: **Pfeiffer**, Der BGH)

Pfeiffer, Thomas, Die revisionsrichterliche Kontrolle der Anwendung ausländischen Rechts, NJW 2002, S. 3306-3308 (Kısaltma: **Pfeiffer**, Die revisionsrichterliche Kontrolle)

Piekenbrock, Andreas; Der Zugang zum BGH als Verfassungsproblem: Eine unendliche Geschichte?, Zugleich Anmerkung zu BVerfG, AnwBl 2004 (Kısaltma: **Piekenbrock**, Der Zugang)

Piekenbrock, Andreas/Schulze, Götz, Die Zulassung der Revision nach dem ZPO-Reformgesetz, JZ 2002 (Kısaltma: **Piekenbrock/Schulze**)

Pimmer, Herbert, Bemerkungen zur Leitfunktion des Obersten Gerichtshofs in Zivilsachen, in Zivilverfahrensrecht Jahrbuch 2010, Wien Graz 2010 (Kısaltma: **Pimmer**)

Planck, Johann Julius Wilhelm von, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts Band II, Besonderer Teil, Nördlingen 1896 (Kısaltma: **Planck**)

Pochmarski, Konstantin/Lichtenberg, Christoph/Tanczos, Alfred/Kober, Christina, Berufung in der ZPO, 3. Aufl., 2017 (Kısaltma: **Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober**)

Pochmarski, Konstantin/Walcher, Mario, Zum Umfang der Rüge last nach § 196 ZPO, ÖJZ 2011/5 (Kısaltma: **Pochmarski/Walcher**)

Pohle, Rudolf, Empfiehlt es sich, die Revision (Rechtsbeschwerde) zu den oberen Bundesgerichten (außer in Strafsachen) einzuschränken und ihre Zulässigkeit in den einzelnen Gerichtsbarkeiten einheitlich zu regeln?, Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag, Hannover 1962 (Kısaltma: **Pohle**, 44. DJT)

Pohle, Rudolf, Revision und neues Strafrecht, Leipzig 1930 (Kısaltma: **Pohle**, Revision)

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2015 (Kısaltma: **Poroy/Yasaman**)

Postacioğlu, İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975 (Kısaltma: **Postacioğlu**, Medeni Usul)

Probst, Thomas, Die Änderung der Rechtsprechung - Eine rechtsvergleichende, methodologische Untersuchung zum Phänomen der höchststrichterlichen Rechtsprechungsänderung in der Schweiz (civil law) und den Vereinigten Staaten (common law), Basel und Frankfurt am Main 1993 (Kısaltma: **Probst**)

Prütting, Hanns, Die Überprüfung ausländischen Rechts in der Revisionsinstanz, FS Schütze, 2015 (Kısaltma: **Prütting**, Die Überprüfung ausländischen Rechts)

Prütting, Hanns, Die Zulassung der Revision, Erlangen-Nürnberg 1977 (Kısaltma: **Prütting**, Revision)

Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus (Hrsg.), Zivilprozessordnung Kommentar, 11. Aufl. 2019 (Kısaltma: **Prütting/Gehrlein/Yazar**, ZPO)

Puppe, Ingeborg, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl., 2011 (Kısaltma: **Puppe**)

Radbruch, Gustav, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946 (Kısaltma: **Radbruch**, Gesetzliches)

Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie (Studienausgabe), 2.Aufl., Heidelberg 2003 (Kısaltma: **Radbruch**, Rechtsphilosophie)

Rauscher, Matthias, Die neue Berufung in Zivilsachen, Frankfurt am Main 2002 (Kısaltma: **Rauscher**, Berufung)

Rechberger Walter H. /Simotta, Daphane- Ariane, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 9. Aufl., Wien 2017 (Kısaltma: **Rechberger/Simotta**)

Rechberger, Walter H. (Hrsg), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4.Aufl., Wien 2014 (Kısaltma: **Yazar**, in: Rechberger Kommentar zur ZPO)

Rechberger, Walter H., Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması (çev. Kamil Yıldırım), İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku (der. Kamil Yıldırım), 6. Bası, İstanbul 2011 (Kısaltma: **Rechberger**, Yargılamanın Hızlandırılması)

Rechberger, Walter H./Puschner, Kaja, Prozessuale Probleme des Verhältnisses der Ansprüche nach §§ 6 ff MedG und § 87 Abs 2 UrhG, Anmerkung zu OGH 4 Ob 132/97h, RZ 1998 (K1saltma: **Rechberger/Puschner**)

Rechberger, Walter, Die Überprüfung von Erfahrungssätzen in der Revisionsinstanz, ÖJZ 1974 (K1saltma: **Rechberger**, Erfahrungssätzen)

Reetz, Peter/Zanetti, Nadine, Rügepflicht im Rechtsmittelverfahren – prozessuale Konsequenzen, in: Haftpflichtprozess 2018 Haftung der Eltern gegenüber ihren Kindern, Staatshaftung für Polizeieinsätze, Haftung für die Verletzung der Meldepflicht nach Art. 397a OR, Anscheinsbeweis, Rügepflicht im Rechtsmittelverfahren, Schadenfälle in Europa und Streitverkündung, Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2018 (K1saltma: **Reetz/Zanetti**)

Reut, Christoph, Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2017 (K1saltma: **Reut**)

Riehm, Thomas, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, München 2006 (K1saltma: **Riehm**, Abwägungsentscheidungen)

Riehm, Thomas, Vom Gesetz, das klüger ist als seine Verfasser - Zur Revisibilität ausländischen Rechts, JZ 2014 (K1saltma: **Riehm**, Zur Revisibilität)

Rimmelspacher, Bruno, Die Rechtsmittel im Zivilprozeß nach der Reform, Jura 2002 (K1saltma: **Rimmelspacher**, Jura 2002)

Rimmelspacher, Bruno, Zur Systematik Revisionsgründe im Zivilprozess, ZZP 84 (1971) (K1saltma: **Rimmelspacher**, Revisionsgründe)

Rimmelspacher, Bruno, Berufungsrichter: Tatrichter oder Revisionsrichter-Systematisierung der Praxis Fragen aus der Sicht der Wissenschaft, NJW-Sonderheft 2. Hannoveraner ZPO-Symposium, 20. September 2003 (K1saltma: **Rimmelspacher**, Berufungsrichter)

Rimmelspacher, Bruno, Die Berufungsgründe im reformierten Zivilprozess, NJW 2002 (K1saltma: **Rimmelspacher**, Berufungsgründe)

Rimmelspacher, Bruno, Die Bindung des Berufungsgerichts an die Beweiswürdigung in der ersten Instanz, JZ 2005/21 (K1saltma: **Rimmelspacher**, Die Bindung)

Rimmelspacher, Bruno, Zur Prüfung Von Amts Wegen Im Zivilprozess, Göttingen 1966 (K1saltma: **Rimmelspacher**, Prüfung)

Rixecker, Roland, Fehlerquellen am Weg der Fehlerkontrolle - Rechtsprobleme des reformierten Berufungsrechts in Verkehrs- und Versicherungssachen, NJW 2004 (K1saltma: **Rixecker**, Fehlerkontrolle)

Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018 (K1saltma: **Rosenberg/Schwab/Gottwald**)

Rosenthal, Axel, Probleme im zivilprozessualen Revisionszulassungsrecht nach Inkrafttreten des ZPO-RG vom 01.01.2002, Berlin 2007 (K1saltma: **Rosenthal**)

Roth, Herbert, Die Revisibilität ausländischen Rechts und die Klugheit des Gesetzes, NJW 2014 (K1saltma: **Roth**, Die Revisibilität)

Roth, Herbert, Neues Rechtsmittelrecht im Zivilprozess- Berufungsinstanz und Einzelfallgerechtigkeit, JZ 2005/4 (K1saltma: **Roth**, Einzelfallgerechtigkeit)

Roth, Herbert, Zivilprozessuales Rechtsmittelrecht und funktionale Zweigliedrigkeit, JZ 2006 (K1saltma: **Roth**, Zivilprozessuales Rechtsmittelrecht)

Roth, Marianne/Holzhammer, Richard, Zivilprozessrecht, 1. Aufl., Wien 2012 (K1saltma: **Roth/Holzhammer**)

Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 9. Aufl., München 2016 (K1saltma: **Rüthers/Fischer/Birk**)

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 9. Aufl., München 2021 (K1saltma: **MüKoBGB- Yazar**)

Saenger, Ingo (Hrsg.), Zivilprozessordnung, Handkommentar, 7. Aufl., Münster 2017 (K1saltma: **Hk-ZPO/Yazar**)

Saladin, Peter, Grundrechte im Wandel, 3. Aufl., 1982 (K1saltma: **Saladin**, Wandel)

Saladin, Peter, Grundrechte und Privatrechtsordnung. Zum Streit um die sog. «Drittwirkung» der Grundrechte, in: SJZ 84 (1988) (K1saltma: **Saladin**, Grundrechte)

Salis, Peter von, Probleme des Suspensiveffektes von Rechtsmitteln im Zivilprozess- und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich 1981 (K1saltma: **von Salis**)

Samtleben, Jürgen, Der unfähige Gutachter und die ausländische Rechtspraxis, NJW 1992 (K1saltma: **Samtleben**)

Sarstedt, Werner/Hamm, Reiner, Die Revision in Strafsachen, Berlin-Newyork 1983 (K1saltma: **Sarstedt/Hamm**)

Saueressig, Christian, Das System der Rechtsmittel nach dem Zivilprozessreformgesetz, München 2008 (K1saltma: **Saueressig**)

Schafft, Thomas, Selektion von Rechtsmittelverfahren durch gesetzliche Zugangsbeschränkungen, München 2005 (K1saltma: **Schafft**)

Schall, Alexander, Deutsche Case Law? – zur Anwendung englischen Rechts unter § 293 ZPO, ZZP 112 (2009) (K1saltma: **Schall**)

Schellhammer, Kurt, Zivilprozess, Gesetz - Praxis - Fälle, 15. Aufl., 2016 (K1saltma: **Schellhammer, Zivilprozess**)

Schellhammer, Kurt, Zivilprozessreform und Berufung, MDR 2001/20 (K1saltma: **Schellhammer, Berufung**)

Scheuerle, Wilhem A., Beiträge zum Problem der Trennung von Tat- und Rechtsfrage, AcP 157 (1958) (K1saltma: **Scheuerle**)

Schilken, Eberhard, Schwerpunkte der Rechtsmittelreform im deutschen Zivilprozess, Ritsumeikan Law Review, 2002 (K1saltma: **Schilken, Schwerpunkte**)

Schilken, Eberhard, Zivilprozessrecht, 7. Aufl., München 2014 (K1saltma: **Schilken, ZPR**)

Schindler, Benjamin, Zum richterlichen Ermessen, in: Akteure der Gerichtsbarkeit, Schindler, Benjamin/ Sutter, Patrick (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2007 (K1saltma: **Schindler**)

Schlosser, Peter, Die Nachprüfung von Tatsachenfeststellungen durch die Revisionsinstanz in Zivilsachen, in: Tatsachenfeststellungen in der Revisionsinstanz, Schlosser, Peter (Hrsg.), Frankfurt am Main 1982 (K1saltma: **Schlosser**)

Schneider, Herbert, Der Vertrauensschutz im deutschen Zivilprozeß, FS Hans Schima, Wien 1969 (K1saltma: **Schneider**, Der Vertrauensschutz)

Schoibl, Norbert A., Diskussionsbericht, ZZZ 107 (1994) (K1saltma: **Schoibl**)

Schuler, Hans, Tatfragen und Rechtsfragen im zivilen Revisionsverfahren, NJW 1961 (K1saltma: **Schuler**)

Schultz, Michael, Revisionsverfahren - Verfahrensgrundrechte und Wiederholungsgefahr, MDR 2003/24 (K1saltma: **Schultz**)

Schumann, Claus-Dieter, Zur Beweiskraft des Tatbestands im Rechtsmittelverfahren, NJW 1993 (K1saltma: **Schumann**, Zur Beweiskraft)

Schütze, Rolf A., Feststellung und Revisibilität europäischen Rechts im deutschen Zivilprozess, in: Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht, Tübinger Symposium für Baur, 1992 (K1saltma: **Schütze**, Feststellung und Revisibilität)

Schütze, Rolf A., Zur Revisibilität ausländischen Rechts, NJW 1970 (K1saltma: **Schütze**, Zur Revisibilität)

Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter, Verfassung und Zivilprozess, 1984 (K1saltma: **Schwab/Gottwald**)

Schwabe, Jürgen, Bundesverfassungsgericht und „Drittwirkung“ der Grundrechte, AöR 100 (1975) (K1saltma: **Schwabe**)

Schwander, Daniel, Die Sachverhaltsrüge vor Bundesgericht unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen ZPO, in: Haftpflichtprozess 2012 Rechtsmittel nach neuer ZPO und BGG, Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Zürich Basel-Genf 2012 (K1saltma: **Schwander**)

Schwarz, Andreas, B., Medeni Hukuka Giriş, (çev. Hıfzı Veldet), İstanbul 1942 (K1saltma: **Schwarz**, Medeni)

Schwarz, Holger, Die reformierte Berufung im Spannungsfeld zwischen Tatsachen und Revisionsinstanz- erstinstanzliche Sachverhaltsrekonstruktion und Auslegung individueller

Vertragserklärungen im Fokus berufungsgerichtlicher Urteilskontrolle nach der ZPO-Reform, Remscheid 2008 (Kısaltma: **Schwarz**, Berufung)

Schwarz, Jörg, ZPO – Veränderungen im Rechtsmittelverfahren im Kanton Luzern, ZZZ 2010 (Kısaltma: **Schwarz**, ZZZ)

Schwinge, Erich, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., Bonn 1960 (Kısaltma: **Schwinge**)

Seçkin, Recai, Anayasa Mahkemesinden Başka Mahkemelerin Anayasayı Uygulamaları ve O Mahkemelerce Hukuk Kurallarının Anayasaya Uygun Yorumu, Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, İstanbul 1968 (Kısaltma: **Seçkin**, Yorum)

Seçkin, Recai, Hukuk Kurallarını Uygulamada Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Anayasaya Dayanan Kural Belirleme Yetkileri ve Geçerli Olmayan Tüzük Gibi İdarî Düzenleyici İşlemler Yerine Daha Üstün Olan Kuralı Uygulama Ödevleri, İmran Öktem’e Armağan, Ankara 1970 (Kısaltma: **Seçkin**, Hukuk Kuralları)

Seiler, Benedikt, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013 (Kısaltma: **Seiler**)

Seiler, Hansjörg/von Werdt, Nicolas/Güntherich, Andreas (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz (BGG) Bundesgesetz über das Bundesgericht, SHK - Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2015 (Kısaltma: **SHK BGG – Yazar**)

Seiter, Hugo, Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung, FS Fritz Baur, Tübingen 1981 (Kısaltma: **Seiter**)

Selçuk, Sami, Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlamalara Uymamanın Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri, MÜHF-HAD, Özel Sayı: Nur Centel’e Armağan, 2013 (Kısaltma: **Selçuk**, Temyiz Denetimi)

Semmelmayer, Johann, Der Berufungsgegenstand, Berlin 1996 (Kısaltma: **Semmelmayer**)

Serozan, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm, 2. Baskı, İstanbul 2008 (Kısaltma: **Serozan**, Medeni Hukuk)

Sinaniotis, Lambros, Revisibilität unbestimmter Rechtsbegriffe, FS Rolf A. Schütze, München 1999 (Kısaltma: **Sinaniotis**)

Sivrihisarlı, Ömer, Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri Ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul 1978 (Kısaltma: **Sivrihisarlı**)

Spickhoff, Andreas, Fremdes Recht vor inländischen Gerichten: Rechts- oder Tatfrage ?, ZZZ 112 (1999) (Kısaltma: **Spickhoff**)

Spühler, Karl, Rechtsmittel, ZZZ 2007 (Kısaltma: **Spühler**, Rechtsmittel)

Spühler, Karl, Wann sind Grundsätze der Lebenserfahrung allgemeine Rechtssätze?, SJZ (Schweizerische Juristen-Zeitung) 1997/93 (Kısaltma: **Spühler**, Lebenserfahrung)

Spühler, Karl/Aemisegger, Heinz/Dolge, Annette/Vock, Dominik (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz (BGG) Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 (Kısaltma: **BGG DIKE – Yazar**)

Spühler, Karl/Dolge, Anette/Gehri, Myriam, Schweizerisches Zivilprozessrechts und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. Aufl., Bern 2010 (Kısaltma: **Spühler/Dolge/Gehri**)

Spühler, Karl/Tenchio, Luca/Infanger, Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (Kısaltma: **BSK ZPO – Yazar**)

Spühler, Karl/Vock, Dominik, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, 2. Aufl. 2011 (Kısaltma: **Spühler/Vock**)

Stackmann, Nikolaus, Fehlerkontrolle zu Beweisaufnahme und Beweiswürdigung nach ZPO-Berufungsrecht, JuS 2004/10 (Kısaltma: **Stackmann**, Fehlerkontrolle)

Stackmann, Nikolaus, Die Neugestaltung des Berufungs- und Beschwerdeverfahrens in Zivilsachen durch das Zivilprozeßreformgesetz, NJW 2002 (Kısaltma: **Stackmann**, Neugestaltung)

Stackmann, Nikolaus, Anwaltliche Rügepflicht und berufungsgerichtliche Prüfungspflicht, NJW 2004 (Kısaltma: **Stackmann**, Rügepflicht)

Stackmann, Nikolaus, Rechtsbehelfe im Zivilprozess - mit Gebührenübersichten nach neuem und altem Recht, München 2005 (Kısaltma: **Stackmann**, Rechtsbehelfe)

Stadler, Astrid, Revision und öffentliches Interesse, FS Nikolaos K. Klamaris, Athen 2016 (K1saltma: **Stadler**)

Stahelin, Adrian/ Stahelin, Daniel/ Grolimund, Pascal, Zivilprozessrecht - Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019 (K1saltma: Stahelin/Stahelin/Grolimund – **Yazar**)

Stamm, Jürgen, Zur fehlenden Revisibilität ausländischen Rechts, FS Klamaris, Bd. 2, 2016 (K1saltma: **Stamm**)

Stein, Freidrich/Jonas, Martin, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 6, 23. Aufl., 2018 (K1saltma: **Stein/Jonas/Yazar**)

Stein, Friedrich, Das private Wissen des Richters, Leipzig 1893 (K1saltma: **Stein**)

Stickelbrock, Barbara, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess, Köln 2002 (K1saltma: **Stickelbrock**)

Stöber, Michael, Neues Berufungsvorbringen nach erstinstanzlicher Verletzung der richterlichen Hinweispflicht, NJW 2005 (K1saltma: **Stöber**)

Stumpf, Hermann, Zur Revisibilität der Auslegung von privaten Willenserklärungen, FS Hans Carl Nipperdey, Bd. I 1965 (K1saltma: **Stumpf**)

Sturm, Fritz, Wegen Verletzung fremden Rechts sind weder Revision noch Rechtsbeschwerde zulässig, JZ 2011 (K1saltma: **Sturm**)

Stürner, Michael, Die Anfechtung von Zivilurteilen, Eine Funktionelle Untersuchung der Rechtsmittel im deutschen und englischen Recht, München 2002 (K1saltma: **Stürner**, Anfechtung)

Stürner, Rolf, Prozesszweck und Verfassung, FS Gottfried Baumgärtel Köln 1990 (K1saltma: **Stürner**, Prozesszweck)

Sulu, Muhammed, Ticaret Hukukunun Kaynağı Olarak Ticari Örf ve Adet Üzerine Bazı Değerlendirmeler, İMÜHFD, 2022 (K1saltma: **Sulu**)

Sungurtekin-Özkan, Meral, Anayasanın Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medeni Yargılama Hukuku, DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı: Bilge Umar'a Armağan, 2010 (Kısaltma: **Sungurtekin-Özkan**, Sosyal Hukuk Devleti)

Sungurtekin, Meral, Karar Düzeltmenin Kanun Yolu Niteliği ve Karar Düzeltme Dilekçesinde Sebep Gösterme Zorunluğu Bulunup Bulunmadığı Meselesi, YD., C. 16, S. 4, 1990 (Kısaltma: **Sungurtekin**, Karar Düzeltme)

Sutter-Somm, Thomas, Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Ritsumeikan Law Review, 2012/29 (Kısaltma: **Sutter-Somm**)

Sutter-Somm, Thomas/Hasenböhler, Franz/Leuenberger, Christoph, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (Kısaltma: **ZPO Komm – Yazar**)

Sutter-Somm, Thomas/Seiler, Benedikt (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Privatrecht, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2021 (Kısaltma: **ZPO CHK – Yazar**)

Şanlı, Cemal/Emre, Esen/İnci Ataman-Figenmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, İstanbul 2021 (Kısaltma: **Şanlı/Emre/Ataman-Figenmeşe**)

Şirin, Tolga, Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, İstanbul 2019 (Kısaltma: **Şirin**, Kanun)

Şirin, Tolga, Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), İstanbul 2013 (Kısaltma: **Şirin**, Anayasa Şikayeti)

Tanör, Bülent, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul 1978 (Kısaltma: **Tanör**)

Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2019 (Kısaltma: **Tanör/Yüzbaşıoğlu**)

Tanrıver, Süha, Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gerek Önlemler Üzerine, AÜHFD, C. 49, S. 1-4, 2000 (Kısaltma: **Tanrıver**, Etkinlik)

Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku, C. 1, 4. Bası Ankara 2021 (Kısaltma: **Tanrıver**, Usul C.1)

Tanriver, Süha, Medeni Usul Hukuku, C. 2, Ankara 2021 (Kısaltma: **Tanriver**, Usul C.2)

Tanriver, Süha, Tartışmalar, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007 (Kısaltma: **Tanriver**, Tartışmalar)

Taşpınar-Ayvaz, Sema, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013 (Kısaltma: **Taşpınar-Ayvaz**, Zaman)

Taşpınar-Ayvaz, Sema, İstinaftan Sonraki Temyiz İncelemesi ve Sonuçları, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007 (Kısaltma: **Taşpınar-Ayvaz**, Temyiz)

Taşpınar, Sema, Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, AÜHFD, C. 45, 1996 (Kısaltma: **Taşpınar**, Fiili Karine)

Taşpınar, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999 (Kısaltma: **Taşpınar**, Amaç)

Taşpınar, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001 (Kısaltma: **Taşpınar**, İspat Sözleşmeleri)

Teomete-Yalabık, Fulya, Fransız Hukukunda Temyizin Tarihi Gelişimi ve Temyiz Sebepleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010 (Kısaltma: **Teomete-Yalabık**, Temyiz)

Teziç, Erdoğan, Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul 1972 (Kısaltma: **Teziç**, Kanun)

Thomas, Heinz/Putzo, Hans (Beg.), Zivilprozessordnung, Kommentar, 40. Aufl., 2019 (Kısaltma: **Thomas/Putzo/Yazar**)

Tok, Ozan, Fransız Ve Türk Medeni Yargılama Hukuklarında Temyiz Mahkemesinin Yapısı Ve İşlevi, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2021 (Kısaltma: **Tok**, Temyiz)

Tok, Ozan, Medeni Usul Hukukunda Delil Başlangıcı, Ankara 2016 (Kısaltma: **Tok**, Delil Başlangıcı)

Toraman, Barış, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, 2017 (Kısaltma: **Toraman**)

Traut, T. Ludger, Der Zugang zur Revision in Zivilsachen, Köln 2006 (Kısaltma: **Traut**)

Trenker, Martin, Der vom Berufungsgericht verneinte Verfahrensmangel erster Instanz als tauglicher Revisionsgrund, JBl 2020 (Kısaltma: **Trenker**)

Tsantinis, Sypros, Kassation, Rechtsstaat und Rechtsmittelstaat, FS Nikolaos K. Klamaris, Athen 2016 (Kısaltma: **Tsantinis**)

Tsikrikas, Dimitrios, Cassation und Revision im europäischen Vergleich – eine rechtsvergleichende und rechtshistorische Skizze, ZZPInt 4 (1999) (Kısaltma: **Tsikrikas**)

Uhl, Matthias, Die Abgrenzung der Rechtsprechungsbefugnisse von Tatsachengerichten und Revisionsgerichten, 2010 (Kısaltma: **Uhl**)

Ullmann, Eike, Gedanken zum neuen Recht der Revision und der Rechtsbeschwerde in Zivilsachen, WRP 2002 (Kısaltma: **Ullmann**)

Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014 (Kısaltma: **Umar**, Şerh)

Umar, Bilge, Türk Medeni Usul Hukukunda İadei Muhakeme, İÜHFM, C. 29, S. 1-2, 1963 (Kısaltma: **Umar**, İadei Muhakeme)

Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder, İsbat Yükü, 2. Bası, 1980 (Kısaltma: **Umar/Yılmaz**)

Unberath, Hannes, Der Zweck der Rechtsmittel nach der ZPO-Reform - Theorie und Praxis, ZZP 120 (2007) (Kısaltma: **Unberath**)

Uzun, Ertuğrul, Hukuk Göstergebilimi, İstanbul 2007 (Kısaltma: **Uzun**, Göstergebilim)

Ülgen, Hüseyin/Helvaci, Mehmet/ Kaya, Arslan/Nomer-Ertan, N. Füsün, Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2021 (Kısaltma: **Ülgen/Helvaci/ Kaya/Nomer-Ertan**)

Üstündağ, Saim, 1711 Sayılı Kanun'un Kanun Yolları Bakımından Getirdiği Değişiklikler Ve Bunların Değerlendirmesi, Saim Üstündağ Makaleler İçtihat Tahlilleri Çeviriler, Ankara 2010 (Kısaltma: **Üstündağ**, 1711 Sayılı Kanun)

Üstündağ, Saim, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim, İstanbul 1968 (Kısaltma: **Üstündağ**, Kanun Yolları)

Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2000 (Kısaltma: **Üstündağ**, Medeni Yargılama)

Üstündağ, Saim, Temyizin Nakzından Sonraki Durum, Saim Üstündağ Makaleler İçtihat Tahlilleri Çeviriler, Ankara 2010 (Kısaltma: **Üstündağ**, Temyizin Nakzı)

Vogel, Oscar/Spühler, Karl/Gehri, Myriam A., Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8. Aufl., Bern 2006 (Kısaltma: **Vogel/Spühler/Gehri**)

von Ungern-Sternberg, Antje, Normative Wirkungen von Präjudizien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 138 (2013) (Kısaltma: **von Ungern-Sternberg**)

von Werdt, Nicolas, Beschwerde in Zivilsachen - Ein Handbuch für Beschwerdeführer und Beschwerdegegner, Bern 2010 (Kısaltma: **von Werdt**)

Vorwerk, Volkert, Berufungsrichter, Tatrichter oder Revisionsrichter: Die ungeklärten Fragen in der Praxis, NJW-Sonderheft 2. Hannoveraner ZPO-Symposium, 20. September 2003 (Kısaltma: **Vorwerk**)

Voßkuhle, Andreas, Rechtsschutz gegen den Richter, München 1993 (Kısaltma: **Voßkuhle**)

Wächter, Gerhard H., Die Tatsacheninstanzen in großen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach der ZPO-Reform, ZZP 119 (2006) (Kısaltma: **Wächter**)

Wagner, de Wall, Die sog. Drittwirkung der Grundrechte, JA 2011 (Kısaltma: **Wagner**, Drittwirkung)

Wagner, Gerhard, Ökonomische Analyse der Rechtsmittel, in: Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts, Bork, Reinhard/Eger, Thomas/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), 2009 (Kısaltma: **Wagner**, Rechtsmittel)

Walter, Gerhard, Freie Beweiswürdigung, Eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung, Tübingen 1979 (Kısaltma: **Walter**, Freie Beweiswürdigung)

Wassermann, Rudolf (Hrsg.), Alternativkommentar zur Zivilprozeßordnung, Luchterhand 1987 (Kısaltma: **AK-ZPO/Yazar**)

Weitzel, Jürgen, Grundzüge des Rechts der Rechtsmittel, Jus 1992 (Kısaltma: **Weitzel**, Grundzüge)

Weitzel, Jürgen, Der Kampf um die Appellation am Reichskammergericht, Zur politischen Geschichte der Rechtsmittel in Deutschland, Köln 1976 (Kısaltma: **Weitzel**, Der Kampf)

Weitzel, Jürgen, Politisch fremdbestimmte Rechtsmittel - noch heute? Zugleich ein Beitrag zur Justizreform, Demokratie und Recht 1975 (Kısaltma: **Weitzel**, Politisch)

Wengler, Wilhelm, Die Nichtanwendung nationalsozialistischen Rechts im Lichte der Rechtsvergleichung und der allgemeinen Rechtslehre, Juristische Rundschau 1949 (Kısaltma: **Wengler**)

Wenzel, Joachim, Das neue zivilprozessuale Revisionszulassungsrecht in der Bewährung, NJW 2002 (Kısaltma: **Wenzel**)

Weyreuther, Felix, Revisionszulassung und Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte, München 1971 (Kısaltma: **Weyreuther**)

Wieczorek, Bernhard/ Schütze, Rolf A. (Hrsg.), Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar, Band 7, 4. Aufl., 2018 (Kısaltma: **Wieczorek/Schütze/Yazar**)

Wiedemann, Ingeborg, Die Revisibilität ausländischen Rechts im Zivilprozess, Nürnberg 1991 (Kısaltma: **Wiedemann**)

Wunderli, Ernst, Die Trennung von Tat-und Rechtsfrage bei den zivilrechtlichen Rechtsmitteln oberster Instanz im französischen und deutschen Recht, Zürich 1947 (Kısaltma: **Wunderli**)

Yaşar, Tuğçe Nimet, Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 33, S. 2, 2013 (Kısaltma: **Yaşar**)

Yavaş, Murat, Bölge Adliye Mahkemelerinin Göreve Başlamasından Sonra Medeni Usul Hukukunda Temyiz, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı 15, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf, Antalya 6-7 Ekim 20017 (Kısaltma: **Yavaş**, Mihbir)

Yavaş, Murat, Medeni Usul Hukukunda Temyiz, 2015 (Kısaltma: **Yavaş**, Temyiz)

Yavaş, Murat, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, 2. Baskı, Ankara 2020 (Kısaltma: **Yavaş**, Senetle İspat)

Yıldırım, Kamil M., Avrupa İspat Hukuku Tablosu-Kitap İncelemesi, Mehmet Somer'in Anısına Armağan, İstanbul 2006 (Kısaltma: **Yıldırım**, Avrupa İspat Hukuku)

Yıldırım, Kamil M., Hukuk Devletinın Gereği: İstinaf, İstanbul 2000 (Kısaltma: **Yıldırım**, İstinaf)

Yıldırım, Kamil M., İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespitleri, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007 (Kısaltma: **Yıldırım**, Hatalı Vakıa Tespitleri)

Yıldırım, Kamil M., Kanun Yolu Olarak İstinaf, Türkiye Barolar Birliği İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantısı 7-8 Mart 2003, Ankara 2003 (Kısaltma: **Yıldırım**, Kanun Yolu)

Yıldırım, Kamil M., Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990 (Kısaltma: **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi)

Yıldırım, Kamil M., Medeni Usul Hukukunda Reformatio in Peius Yasağı, Facultatis Decima Anniversaria, İstanbul 1993 (Kısaltma: **Yıldırım**, Reformatio in Peius)

Yıldırım, Kamil M., Quo Vadis Senetle İspat Zorunluluğu ?, Necmettin M. Berkin'e Armağan, Mihbir, İstanbul 2021 (Kısaltma: **Yıldırım**, Quo Vadis)

Yıldırım, M. Kamil, Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu, Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004 (Kısaltma: **Yıldırım**, Bilirkişi)

Yıldırım, Turan, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı, Argumentum Dergisi., S. 34, Yıl. 3 (Kısaltma: **Yıldırım T.**)

Yılmaz, Ejder, “İçtihadı Birleştirme” veya “Adaletteki Çelişkiye Son Verme” İhtiyacı, Makaleler, C. 2, Ankara 2014 (Kısaltma: **Yılmaz**, Adaletteki Çelişkiye Son Verme)

Yılmaz, Ejder, Çelişkili Mahkeme Kararları ve Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Hakkındaki Uygulamaları, Necmettin M. Berkin’e Armağan, Mihbir, İstanbul 2021 (Kısaltma: **Yılmaz**, Çelişkili Mahkeme Kararları)

Yılmaz, Ejder, Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu, TBBD 1988/1 (Kısaltma: **Yılmaz**, Yasayolları)

Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2021 (Kısaltma: **Yılmaz**, Şerh)

Yılmaz, Ejder, İstinaf, Ankara 2005 (Kısaltma: **Yılmaz**, İstinaf)

Yılmaz, Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 4. Baskı, Ankara 2013 (Kısaltma: **Yılmaz**, Islah)

Yılmaz, Ejder, Olağanüstü Temyiz, Ankara 2003 (Kısaltma: **Yılmaz**, Olağanüstü Temyiz)

Yılmaz, Ejder, Usul Ekonomisi, AÜHFD, C. 57, S. 1, 2008 (Kısaltma: **Yılmaz**, Usul Ekonomisi)

Yılmaz, Halil, Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması (6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Açısından), Terazi Hukuk Dergisi, C. 6, S. 58, 2011 (Kısaltma: **Yılmaz**, Zaman)

Yöney, Can, Yabancı Hukukun Uygulanması, İstanbul 2018 (Kısaltma: **Yöney**)

Yüksel, Metin, Ölçülülük İlkesi - Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, 2002 (Kısaltma: **Yüksel**)

Yüzbaşıoğlu, Necmi, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul 1993 (Kısaltma: **Yüzbaşıoğlu**)

Zeiss, Walter/Schreiber, Klaus, Zivilprozessrecht, 11. Aufl., Tübingen 2009 (Kısaltma: **Zeiss/Schreiber**)

Zippelius, Reinhold, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., München 2012 (Kısaltma: **Zippelius**)

Zöller, Richard (Beg.), Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2018 (K1saltma: **Zöller/Yazar**)

Zweifel, Paul, Revision, Reinigung und Erläuterung nach st. gallischer Zivilprozeßordnung, Freiburg (Schweiz) 1952 (K1saltma: **Zweifel**)

