[H]2001 DEĞİŞİKLİĞİNDEN SONRA ALMAN FEDERAL TEMYİZ MAHKEMESİ'NE YAPILAN BAŞVURUNUN İNCELENMESİ

Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD[*]
Çev. Yrd. Doç. Dr. Seda ÖZMUMCU[**]

I. 2001 YILINDA GERÇEKLEŞTİRİLEN SİSTEM DEĞİŞİKLİĞİ

Federal Almanya Cumhuriyeti, beş farklı federal kanun yolu mahkemesine sahip bulunmaktadır. Federal İş Mahkemesi, Federal İdare Mahkemesi, Federal Sosyal Yargı Mahkemesi ve Federal Maliye Mahkemesi'ne erişim, 60'lı yıllardan itibaren gerçek kamusal öneme sahip davaların, bu mahkemelere daha önce getirilmesine ilişkin genel kural yolu ile sınırlandırılmıştır. Federal Temyiz Mahkemesi'nin iş yükü de (hukuk davaları için) 70'li yıllarda arttığından, bu

---

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* "Review Appeal to the German Federal Supreme Court After the Reform of 2001" isimli bu makale LOS RECURSOS ANTE LOS TRIBUNALES SUPREMOS EN EUROPA - APPEALS TO SUPREME COURTS IN EUROPE, Espana, 2008, s.87-106'da yayınlanmıştır. Bu makale Prof. Dr. Dr. h.c. Peter **Gottwald**'ın 03.07.2009 tarihli izni ile Türkçe'ye tercüme edilmiştir. Bu makalenin Türkçe'ye çevrilerek Temyiz ve İstinaf Mahkemelerinin gündemde olduğu bir dönemde konunun Türk hukukuna kazandırılması hususunda göstermiş olduğu hassasiyet nedeniyle kendisine çok teşekkür ederim.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

hususta ki ilk tasarı, bu sistemi Federal Temyiz Mahkemesi bünyesine de yansıtmak şeklinde olmuştur. Bununla birlikte, söz konusu taslağa karşı son dakikada ciddi politik itirazlar ileri sürülmüştür[1]. Politikacılar hiç olmazsa herhangi bir sınırlama olmaksızın önemli ticari davaların Temyiz Mahkemesi tarafından yeniden incelenmesi gereğini anlamışlardır. Buna göre, 1995 yılında karma bir sistem kabul edilmiştir[2]. Federal Temyiz Mahkemesi'ne yapılan temyiz (Revision) kanun yolu başvurusunun incelenmesine, ancak değeri 40.000 Alman Markına kadar olan ihtilaflarda (yaklaşık 19.000 €) (1991 yılından sonra 60.000. Alman Markı veya 28.000 €) Bölge İstinaf Mahkemesi tarafından kabul edildikten sonra izin verilecektir. Daha yüksek değerli ihtilaflarda her bir taraf başka şart aranmaksızın Federal Mahkeme'ye başvuruda bulunmakta serbesttir. Bununla birlikte Federal Temyiz Mahkemesi, davanın kamusal öneme sahip olmaması halinde (§ 545), bunun dışında kesin bir kontrol (denetim) için, kanun yolu başvurusunu kabul yetkisine sahip değildir. Bu sistem aslında, 1980 yılında Federal Anayasa Mahkemesi'nin nihai kararı ile değiştirilmiştir. Şöyle ki, Federal Anayasa Mahkemesi, bir üst mahkemeye başvurulan hükümde eğer bireysel bir hata var ise, Federal Temyiz Mahkemesi'nin kanun yolu başvurusunu kabul etmek zorunda olduğuna hükmetmiştir[3].

Bu tür değere bağlı kabul prosedürü oldukça yetersiz kalmaktadır. Bölge İstinaf Mahkemeleri, bir yılda sadece yaklaşık 200 civarında davanın kanun yolu başvurusunu kabul etmiştir[4]. Fakat davanın taraflarınca, bir yılda 3.000 üzerindeki davanın Federal Temyiz

---

1 Vgl. Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, BT-Drucks. 7/3596 (v. 5.5.1973).

2 Vgl. H. **Prütting**, *Die Zulassung der Revision*, Köln, 1977.

3 BVerfGE 54, 277, 285 dv = *NJW* 1981, 39.

4 2001 yılında Bölge İstinaf Mahkemeleri, kanun yolu başvurusu için 20.143 davadan sadece 117 tanesine izin vermiştir. Karş. H. **Büttner**, Die Reform der ZPO - eine Wirkungskontrolle.Das neue Revisionsrecht, *Verh. d.*. 64 *DJT*, München, 2004, Vol. I, A 89, 91.

Mahkemesi'nde incelenmesi için başvuruda bulunulmuştur. Bu davaların %50'inden fazlası herhangi bir sebep gösterilmeksizin, Medeni Usul Kanunu'nun § 545b hükmüne atıfla davanın kamusal öneme sahip olmadığı gerekçesi ile Federal Temyiz Mahkemesi'nin davayı yeniden incelemeyi kabul etmeyeceği nedenine dayanarak, mahkeme tarafından nihai karar verilmek suretiyle kabul edilmemiştir[5].

Hâkimlerin ve avukatların çoğunluğunun karşı çıktığı, olağanüstü canlı ve politik açıdan da son derece tartışmalı bir müzakereden sonra[6], Alman kanun koyucusu 27 Temmuz 2001 tarihli kanun ile hukuk davalarında kanun yolu mahkemesine müracaat etmek için yeni bir sistem getirmiştir. Kanun koyucu, ancak müracaatı kabulden sonra, genel kanun yolu mahkemesine başvuruyu getirdiği için bu durum sürpriz olmamıştır.

Bu konuda daha devrimci nitelikte olan nokta ise, aynı zamanda kanun koyucunun, Federal Temyiz Mahkemesi tarafından karar verilen (Rechtsbeschwerde olarak bilinen) bütün istinaf mahkemelerinin kararlarına karşı yeni bir şikâyet (miscellaneous appeal) müessesesi tesis etmiş olmasıdır. Bu durum, Federal Adalet Mahkemesi ile değil, Bölge İstinaf Mahkemeleri ile yerine getirilen şikâyetler hakkında karar verme yetkisine ilişkin eski bir geleneği de bozmuştur[7].

---

5 Karş. P. **Gottwald**, Civil Procedure in Germany after the Reform Act of 2001, *C.J.Q.* 23 (2004) 338, 348 vd.

6 Karş. P. **Gottwald**'ın önerileri ile; Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsshutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel, *Gutachten A für den 61 DJT*, Bd. II/1, München, 1996, A 75 vd.; H. **Däubler - Gmelin**, Aktuelles Forum Juztizreform, *Verh. d. 63 DJT*, München, 2000, Bd.II/1, P.23; Eleştirisi için H. **Büttner**, Referat, *Verh. d.63. DJT*, Bd. II/1, München, 2000 P 73.

7 F. **Schnauder**, Berufung und Beschwerde nach dem Zivilprozessreformgesetz, *juS* 2002, 68,69 u.162, 168; W. **Ball**, Die Reform der ZPO - eine Wirkungskontrolle. Das neue Revisionsrecht, *Verh. d. 65. DJT*, München, 2004, Vol.I, A, 69, 71.

Bu yeni sistem, Federal Temyiz Mahkemesi'ne eşit erişimi sağlamak için, gerçek bir siyasi kararı içermektedir. Davanın esası kamusal önemin birazda olsa genel bir problemini ihtiva etmese de, yüksek değerli ticari davalar artık üçüncü derece mahkemesi önüne getirilebilecektir. Buna karşılık, ekonomik olarak küçük meblağlı uyuşmazlıklar ise, eğer temel öneme sahip problemleri ortaya koyuyorsa, Federal Temyiz Mahkemesi önüne getirilebilecektir[8]. Hukukun birçok alanında bu zamana kadar kesin olarak yetkili Bölge İstinaf Mahkemeleri tarafından verilen pek çok muhtelif kararlar, şimdi yeni bir içtihat birliği sayesinde gelişmiş ve istikrar kazanmıştır. Bu özellikle özel hukuk alanında kiralayan / kiracı[9] ilişkileri konusunda ve yargı kararlarının tenfizi ve iflas hukukunun bütün alanlarında aynıdır.

İlk yıllarda bu sistem değişikliği, davanın tarafları ve onların vekilleri için Federal Temyiz Mahkemesi'nde sıkıntı yaratmış ve aynı zamanda yeni kanunun doğru yorumu hakkında Federal Temyiz Mahkemesi hâkimleri arasında da bazı tartışmalara neden olmuştur. Bununla birlikte hayati noktaların çoğu, kısa bir süre sonra aydınlığa kavuşturulabilmiştir[10]. Hâkimler, Federal Temyiz Mahkemesi'ne erişimi dengede tutma ve en azından bir ölçüde de olsa iş yükünü azaltmada başarılı olmuşlardır.

---

8 J. **Wenzel**, Das neue zivilprozessuale Revision zulassungsrecht in der Bewährung , *NJW* 2002, 3353; P. **Gottwald**, Die Reform der ZPO aus der Sicht der Wissenschaft, *Verh. d. 65. DJT*, München, 2004, Vol. I, A 107, 119.

9 Karş. BGH *NJW* 2008, 218 (kiralık meskenlerde ev hayvanlarını yasaklama); W. **Ball**, Die Reform der ZPO- eine Wirkungskontrolle. Das neue Revisionsrecht, *Verh. d.*. 65 *DJT*, München, 2004, Vol. I, A 69. Diğer sorunlar kiracı tarafından yan gider masraflarının ödenmesi veya işin fesih hakkı ile ilgili bulunmaktadır (Karş. Federal Adalet Bakanlığı'nın 5 Haziran 2007 tarihli basın duyurusu: Über vier Jahre "neue ZPO" – eine Reform hat gewirkt).

10 Karş. G. **Hirsch**, Verfassungsrechtliches Bestimmtheitsgebot und gerichtliche Auslegung am Beispiel der neuen Zugangsvoraussetzungen zur dritten Instanz, *Festschrift für Wenzel*, Köln, 2005, s. 39.

II. KANUN YOLU BAŞVURUSU İÇİN KABUL GEREĞİ

Bölge istinaf mahkemeleri tarafından 2001 yılına kadar geçerli olan sisteme göre, davanın kamusal önemi nedeniyle kanun yolu başvurusuna izin verilmiştir. Bu terim uzun süredir, her biri ayrı ayrı bu gibi davalar için, kanun yolu başvurusunu kabul edip etmemek hususunda, Federal temyiz Mahkemesi'nin takdir yetkisine bazı açık hukuki sorunları sunmayı ihtiva etmektedir. 2001 tarihli yasa tasarısı hakkında yapılan müzakere sonucunda, böyle bir hükmün çok muğlâk olduğu ve mahkemenin daha kesin bir hüküm tarafından bağlı olması gerektiği yönündeki görüşler artmıştır. Bu konuda § 543/2, 1 hükmü şu an kabul için üç sebep ihtiva etmektedir. Bunlar;

Davanın kamusal önemi,

Hukukun gelişmesi ve

İçtihat birliğinin temini

şeklinde öngörülmüştür.

1. Davanın Kamusal Önemi

Federal Temyiz Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarına göre, belirsiz sayıdaki davalardan ortaya çıkan, uygulamada ve aynı tür gelişme çerçevesinde kamuyu ilgilendiren ve aydınlatılmayı gerektiren hukuki bir sorunla ilgili problem ortaya çıktığında dava kamusal öneme sahiptir[11]. Buna ilave olarak, eğer davanın sonuçları Federal Temyiz Mahkemesi'nin kararını gerektiriyor ve kamu menfaatlerini istisnai bir şekilde etkiliyorsa veya Avrupa Adalet Divanı'na başvurularak ön karar (preliminary ruling) verilmesi için talepte bulunuluyorsa[12], böyle bir dava yol gösterici bir dava olarak nitelendiril-

---

11 BGHZ 151, 22, 223= *NJW* 2002, 3029; BGHZ 154, 288, 291= *NJW* 2003, 1943, 1944.

12 J. **Wenzel** in: *Münchener Kommentar zur ZPO*, 3rd ed., München, 2007, § 543 marg. note 6.

mektedir. Eğer dava (1) eski kanuna[13] değiniyorsa, (2) itiraz[14] edilmemiş hükümlerin özel uygulamasına ilişkin ise ve (3) netice açık bir şekilde olaylara ilişkin tespitlere dayanıyorsa, aksine bu durumda kamusal önem mevcut değildir.

2. Hukukun Gelişmesi

Eğer bir dava, hukukun gelişmesi veya ilerlemesi için gerekli görülüyorsa, muhtemelen bu kamusal önemi haiz bir davadır[15]. Genellikle bu davalar, hukuken tam olarak düzenlenmeyen, genelleme yapılmaya eğilimli olan tipik veya en azından bu şartlardaki davalardır. Bundan dolayı münferit bir dava, kanundaki boşlukları doldurmaya veya kanunun yorumlanması için prensipler geliştirmeye neden olmaktadır. Hukukun yorum yoluyla gelişimi özellikle kanuni düzenlemelerin yaşam gerçeğinin sürekli gelişimini tam olarak yansıtmaya yetmediği alanlarda etkisini göstermektedir.

3. İçtihat Birliğinin Temini

Kanun yolu erişimine bu gerekçe ile izin vermek, Federal Temyiz Mahkemesi'nin uygulamasında, en pratik uygunluğu elde etmiştir. Federal Mahkeme bazı davaların, genel kamusal etkisinin veya temel öneminin olduğuna karar vermiştir. Bunlar gerçek yaşamda hukukun gelişmesi ve ilerlemesi için duyulan gereksinimi değiştirmez. Bununla birlikte bilinçli olarak veya olmayarak, bu genel prensiplere karşı itiraz edenlerin olup olmadığına bakılmaksızın, ilk derece mahkemelerinin eğilimlerini ayırt edecek şekilde, karara bağlanan bu içtihat birliğini savunmak ihtiyacı doğmuştur. Eğer yeni bir karar, geçerli yol gösterici bir davadan kasıtlı olarak ayrıldığı takdirde, bu durum bir içtihat birliğinin sağlanmasını gerektirmektedir.

---

13 BGHZ 154, 288 = *NJW* 2003, 1943 = *JZ* 2003, 794.

14 J. **Wenzel**, *NJW* 2002, 3353, 3354.

15 E. **Schilken**, *Zivilprozessrecht*, 5th ed., Köln, 2006, marg. note 925; J. **Wenzel**, *NJW* 2002, 3353, 3355.

Önceki zamanlarda böyle davalar, daha kolayca kamusal önemi haiz davalar olarak nitelendirilmekteydi.

Federal Temyiz Mahkemesi tarafından kanunun uygulanmasında ıslahı gerektiren ciddi hatalar olup olmadığına karar vermek daha zordur. Önceleri maddi hukukun uygulanmasında yalnız aşikâr hatalarda Federal Temyiz Mahkemesi'nin müdahale etmesinin gerekli olmadığına ilişkin düşünce, Federal Temyiz Mahkemesi'nde bazı farklı hukuki fikir ayrılıklarından sonra gelişme göstermeye başlamıştır[16].

4. İçtihat Birliği

A) Federal Temyiz Mahkemesi'ne göre, hatanın aşikâr veya çok ciddi olması yeterli değildir; eğer hata, Anayasa'nın ihlaline yol açıyorsa veya mahkemenin, diğer mahkemelerin de takip edebileceği bu "semptomatik hata" yı tekrarlama tehlikesi ortaya çıkıyorsa, o halde temyiz etme hakkı verilebilir[17]. İstinaf mahkemesi, kanunun yanlış anlaşılmasından genelleştirilerek hareket ettiği için, gizli yapısal tekerrür etme tehlikesinin mevcut olması yeterli sayılmakta, çok sayıdaki davalarda mevcut olabilen bu tür tekerrür ihtimalinin olup olmadığı hususu ise, meselenin dışında kalmaktadır.

B) Etkili bir mahkeme sisteminde kamunun güveni böyle bir ihlal nedeniyle bozulduğu için, Anayasa'da emredilen usule ait prensiplere aykırılık, içtihat birliğinin teminat altına alınması için kanun yoluna başvuruyu bir kabul sistemi ile tamamlamaktadır[18]. Böyle bir kabul sistemi, sadece adil yargılamanın ihlali vukuunda değil, hâkim teminatına karşı aykırılık veya eşitlik ilkesinin ihlali ile ilgili hakem kararlarının engellenmesi gibi, aynı zamanda diğer anayasal usule ait hakların ihlali vukuunda da mümkündür. Nihayet,

---

16 J. **Wenzel**, *NJW* 2002, 3353, 3355 vd.; Federal Anayasa Mahkemesi tarafından onaylanmış *NJW* 2005, 3345, 3346.

17 J. **Wenzel**, *NJW* 2002, 3353, 3356.

18 W. **Ball**, *Verh. d.* 65 *DJT*, 2004, Vol. I, A 69, 77.

eğer etkin hukuki korumayı sağlamaya yönelik (hukukun üstünlüğü kuralı veya ilkesinden çıkarsanan) temel hukuk kurallarına aykırılık mevcut ise, kanun yoluna başvuru kabul edilmelidir. Çünkü istinaf mahkemesi uygun olmayan bir biçimde hukuki himayeyi ağırlaştırmıştır[19].

C) Önceki yılların tartışmasında hayati nokta, münferit bir davada maddi hukuka aşikâr aykırılığa bir tepki idi[20]. Doğru olan şudur ki, Federal Temyiz Mahkemesi kanun yoluna başvurunun kabulünü haklı göstermeyen münferit bir davada, açık hata olduğu hususunda kendi görüşüne bağlı kalmıştır. Fakat mesele pratik etkisi açısından tetkik edildiğinde, mahkeme bu gibi davaları örneğin hakem kararlarını[21] engellemeyi anayasal ihlal olarak değerlendirmekte veya yeni kanun yolu başvurusu sistemi gereğince, ihdas edilen ıslah talebini çoğu davaların etkisiyle örnek alma[22] ve tekerrür etme tehlikesi ile *soyut* (artık gerçek) kabul alanı içinde kapsamına

---

19 J. **Wenzel** in: *Münchener Kommentar zur ZPO*, § 543 marg. note 25; Karş. **Baukelmann**, Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Nr.2 Fall 2 ZPO) und Verfahrensmangel, *Festschrift für Erdmann,* Köln, 2002 p.767.

20 Karş. A. **Piekenbrock**, Der Zugang zum BGH als Verfassungsproblem, Anwaltsblatt, 2004, 329.

21 BGHZ 152, 182, 193 vd. = *NJW* 2003, 65, 68; BGHZ 154, 288, 296 = *NJW* 2003, 1943; Karş. J. **Hager**, Die Zulassung der Revision im Lichte des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs, 2. Hannoveraner ZPO- Symposium, 20.9.2003, *NJW- Sonderheft*, S. 23, 26; W. **Ball**, *Verh. d.* 65 *DJT*, München, 2004, Vol. I, A 69, 83.

22 BGHZ 159, 135, 135 f = *NJW* 2004, 2222; W. **Ball**, *Verh. d.* 65 *DJT*, 2004, Vol. I, A 69, 81; crit. H. **Bamberger**, Die Reform der Zivilprozessordnung – Eine Wirkungskontrolle, *ZPR* 2004, 147, 141; aşikar hataların bütün hallerini kapsayan geniş bir yorum için: W. **Ball**, Zulassung der Revision wegen offensichtlicher Unrictigkeit des Berufungsurteils und wegen Verletzung von Verfahrensgrundrechten, *Festschrift für Musielak*, München, 2004, p.27; M. **Schultz**, Revisionsverfahren- Verfahrensgrundrechte und Wiederholungsgefahr, *MDR* 2003, 1392.

almakta ve tashih edilemeyen bir problem olmadıkça da, hüküm o şekilde baki kalmaktadır.

D) Mahkeme, § 547 hükmüne göre temyiz için mutlak sebep olarak adlandırılan bir probleme nasıl tepki verileceği tartışmasını da uzun zamandır tartışmaya açık tutmaktadır: Bu hüküm, eğer böyle bir sebep varsa, kanun yolu başvurusunun herhangi bir davada başarılı olması gerektiğini ifade etmektedir. Federal Temyiz Mahkemesi 2007 tarihli kararı ile böyle bir davada, aksine tutumun etkili bir mahkeme sisteminde güven sarsılması yaratabileceği düşüncesi ile değere bağlı kabulün reddi üzerine içtihat birliğinin sağlanmasının şikâyet yoluyla kanun yolu başvurusunun Federal Temyiz Mahkemesi tarafından kabul edilmek zorunda olduğuna karar vermiştir[23].

III. KANUN YOLUNUN KABULÜ

2002 yılından itibaren kanun yoluna başvuru, ancak değere bağlı kabule sisteminden sonra işleme konulabilmiştir.

1. İstinaf Mahkemesi Tarafından Açık Kabul

Temyiz kanun yoluna başvuru, eğer istinaf mahkemesi hükmünde açık bir şekilde buna izin vermiş ise kabul edilebilir. Sonuçta kabul, aşikâr bir şekilde hükmün gerekçelerinden başka asıl hükümde verilmez. Hükmün icrasından sonra ortaya çıkan izin veya dolayısı ile ifade edilmek istenen kabul geçersizdir[24]. Kabul, uyuşmazlık konusunun ayrı bir bölümü ile sınırlandırılabilir[25].

Reformdan sonra, istinaf mahkemesi tarafından onaylanan kabul, sadece Bölge İstinaf Mahkemesi tarafından değil, aynı

---

23 BGHZ 172, 250= *NJW* 2007, 2702.

24 J. **Wenzel** in: *Münchener Kommentar zur ZPO*, § 543 marg. Note 31; Karş. V. **Volland**, Die Nichtzulassung der Revision im Berufungsurteil, *MDR* 2004, 377.

25 Karş. BGH *NJW* – RR 2003, 1192; *NJW* 2003, 2529; *NJW* 2004, 3264.

zamanda yerel mahkemelerin kararlarına karşı İstinaf Mahkemesi gibi hareket eden Bölge Mahkemesi tarafından da yerine getirilebilir[26]. Federal Temyiz Mahkemesi böylece yerel mahkemelerin kararlarına karşı nihai başvurular hakkında hüküm verebilir. Bu konu özellikle kiralayan/kiracı davaları ve tüketiciyi korumanın belirli alanları ile bağlantılıdır.

İstinaf mahkemeleri tarafından kanun yolu başvurusu kabul edilen davaların sayısı durmaksızın çoğalmaktadır.2006 yılında 696 dava, 2007 yılında sayısı 790'a yükselen dava kabul edilmiştir. Bunlardan 559 dava, Bölge İstinaf mahkemeleri ve 231 tanesi ise, Bölge Mahkemeleri tarafından kabul edilmiştir[27].

Federal Temyiz Mahkemesi, istinaf mahkemeleri tarafından verilen değere bağlı kabul hükmü ile bağlıdır ve kanun yolu başvurusu hakkında karar vermek zorundadır (§ 543/2, 2).

2. Kabule Bağlı Temyizi Reddeden Kararın Şikâyeti Üzerine Temyiz Mahkemesi Tarafından Kanun Yolu Başvurusunun Kabul Edilmesi

Eğer istinaf mahkemeleri kanun yolu başvurusunu kabul etmez ise, her bir taraf başvurunun kabul edilmesi ve bu kararın yeniden gözden geçirilmesi için Federal Temyiz Mahkemesi'ne müracaat edebilir (§ 543/2). Ancak kanun yoluna başvurmak isteyen tarafın talebi 20.000 € değerindeki parasal sınırı geçmek zorundadır (§ 26 No.8 EGZPO)[28]. İstinaf mahkemelerinden verilen kanun yolu başvurusunu reddeden kararlara karşı bu şikâyet yolu, aile hukuku davaları bakımından tamamen istisna edilmiştir (§ 26 No.9 EGZPO).

---

[26] Eleştiri niteliğinde H. **Büttner**, Die Reform der ZPO - eine Wirkungskontrolle. *Verh. d.. 65 DJT*, München, 2004, A 89, 97 (doğru değil, fakat dert).

[27] Tüm istatiksel veriler http://www.bundesgerichtshof.de/bgh/stat_zivilsenate sitesinde mevcut bulunmaktadır.

[28] Karş. BGHZ, 166, 327 = *NJW-RR* 2006, 717; M. **Gehrlein**, Erste Erfahrungen mit der reformierten ZPO-Revision und Beschwerde, MDR 2003, 547.

Şikâyet yoluna başvurmaya izin veren sebepler, kanun yolu başvurusunu sağlayan sebepler ile aynıdır (§ 544/2, 3)[29].

2007 yılında Federal Temyiz Mahkemesi, kabul edilmeyen 2479 adet şikâyeti görüşmüştür. Bunlar içinde 329 davadan, örnek vermek gerekirse, yapılan bu başvuruların % 18,4 kadarı kanun yolu başvurusuna izin verilmesinin etkisi ile başarılı olmuştur. Buna karşılık, 2150 başvuru ise başarısız kalmıştır. Bu davaların 1457 tanesi, izin verilmesi için iddia edilen sebeplerin Federal Temyiz Mahkemesi tarafından yerinde görülmemesi nedeniyle reddedilmiştir[30].

Kanun yolu başvurusuna kabulü reddeden karara karşı, şikâyet prosedüründe, bir ay içinde Federal Temyiz Mahkemesi'nde dava açılmalı ve hükmün tebliğinden itibaren iki ay içinde haklı sebepler dermeyan edilmelidir. Sebepler, kanun yoluna kabulün nedenleri ile uygunluk göstermelidir[31]. Bu şikâyet davası, hükmün kesinleşmesini diğer deyimle kesin hüküm (res judicata) halini almasını ertelemektedir. Federal Temyiz Mahkemesi, kanun yoluna başvurunun kabulü için, temyiz eden tarafından talebini haklı göstermek üzere sunduğu sebeplerin mevcut olup olmadığını inceler; diğer sebepler aşikâr olsa bile, onları dikkate almaz[32].

Eğer şikâyet (kısa karar ile) reddedilirse, muhakeme kesin olarak sona ermektedir[33]. Eğer şikâyet ile önceki işlem doğru bulunursa, prosedüre Federal Temyiz Mahkemesi tarafından temyiz kanun yoluna başvuru şeklinde devam edilmektedir. Şikâyet dosyası, kanun

---

29 Karş. R. **Gaier**, Die Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung des BGH, 2. Hannoveraner ZPO-Symposium, 20.9.2003, *NJW Sonderheft*, S. 18; C.V. **Gierke**/F. **Seiler**, Die Nichtzulassungs beschwerde nach § 544 ZPO in der Rechtsprechung des BGH, BGH, *JZ* 2003, 403; V. **Vorwerk**, Die Nichtzulassungsbeschwerde im Licht des Gemeinschaftsrechts, *Festschrift fürThode,* München, 2005, s. 645.

30 H. **Büttner**, *Verh. d.*. 65 *DJT*, München, 2004, Vol. I, A 89, 99.

31 J. **Wenzel**, *NJW* 2002, 3353, 3358.

32 BGH, *JZ* 2002, 1116; C. V. **Gierke**/F. **Seiler**, *JZ* 2003, 403, 405.

33 Karş. BGHZ 164, 347, 351= *NJW* 2005, 3724.

yoluna başvuru dosyası ile birleştirilmektedir. Mahkeme emrinin tebliğinden itibaren bir ay içinde kanun yolu başvurusu, haklı nedenler ile ispat edilmelidir. Bu özel layiha, kanun yoluna kabulü reddeden karara karşı şikâyet yolu içinde, öne sürülen bütün delillerin usulüne uygun şekilde sunulması halinde dahi zorunludur. Fakat sonra önceki layihadaki beyana atıfla sınırlandırılabilir (§ 551/3, 2)[34]. Eğer şikâyet, İstinaf Mahkemesi'nin hukuki dinlenilme hakkını ihlal ettiğinden ötürü başarılı olursa, Federal Temyiz Mahkemesi İstinaf Mahkemesinin kararını bozabilir ve bu mahkeme tarafından yeni bir hükmün verilmesi için dosyayı geri gönderebilir (§ 544/7).

3. Sıçrama Yoluyla Temyiz (Leapfrog Appeal/Sprungrevision)

2001 tarihli Reform, ilk derece mahkemelerinden verilen kararların doğrudan doğruya Federal Temyiz Mahkemesi'ne başvuru ihtimaline (istinaftan ayrı olarak) temas etmemiştir. Bu doğrudan yeniden inceleme başvurusu hakkında, (1) eğer hüküm (örneğin miktar olarak 600 € üzerinde ise) kabule gerek olmaksızın istinafa tabi tutulabilir, (2) hasım rıza gösterirse ve (3) Federal Temyiz Mahkemesi bizatihi doğrudan kanun yolu başvurusuna izin verirse dava açılabilecektir. Doğrudan başvurular için bu sebepler, ancak genel önemi olan hukuki meselelerin süratli halledilmesinde tarafların menfaati olduğu nadir davalarda vuku bulmaktadır.

IV. FEDERAL TEMYİZ MAHKEMESİ TARAFINDAN YENİDEN İNCELEMENİN ALANI

1. Federal Hukuka Aykırılık

A) 2001 tarihli Reform Kanunu, Federal Temyiz Mahkemesi tarafından yeniden inceleme alanına temas etmemiştir. Sonuç olarak, Federal Temyiz Mahkemesi temyiz eden tarafın taleplerine, istinaf

---

34 BGH *NJW* 2008, 588 = *MDR* 2008, 329; Karş. H. **Büttner**, Begründung der Revision vor ihrer Zulassung durch das Revisionsgericht?, *NJW* 2004, 3524.

mahkemesinin federal kanunu doğru olarak uygulayıp uygulamadığını tetkik etmektedir. Almanya tarafından onaylanmış, Avrupa Topluluğu Hukuku ve Antlaşmaları, Federal Kanunlar gibi yeniden incelenmektedir. Bölge İstinaf Mahkemesi'nin münferit bir bölgesi dışında her biri ayrı olarak kullanılan, geçerli standart sözleşme şartları ve eyalet kanunu da tamamen yeniden incelenmektedir[35].

B) Yabancı hukukun doğru uygulanması yeniden incelenmemektedir. Alman Kanunlar ihtilafı hükümlerinin doğru uygulanmaması veya yabancı hukukun yetersiz araştırılması halinde, yine de federal kanuna aykırılık ihtimali mevcuttur[36].

C) Bireysel sözleşmelerin yorumlanması ancak (1) ilk derece mahkemesinin hukuk kurallarını yorumlamayı ihlal edip etmediği (örneğin, Medeni Kanun §§ 133, 157), (2) İlk derece mahkemesi tarafından yapılan yorumun, hatalı bir muhakemeye dayanması veya hayat tecrübesi ile[37] istikrarlı olmaması ya da (3) mevcut koşulların anlamına[38] ve lafzına uygun bulunmaması, halinde sınırlı bir incelemeye tabi tutulmaktadır. Buna ilave olarak, bireysel sözleşmenin yorumu hakkında eğer gerekli tespitler mevcut olduğu halde, böyle bir yorum ilk derece mahkemesi tarafından atlanmış ise, bu durumda sözleşmenin yorumunu Federal Temyiz Mahkemesi kendisi yapmaktadır. Aynı durum, sözleşmeye bağlanmış ilave hususların yorumu için de geçerlidir.

---

35 Karş. P. **Murray**/R. **Stürner**, *German Civil Justice*, Durham NC, 2004, s. 390 vd.

36 BGHZ 48, 216= *NJW* 1967, 2399; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, *Zivilprozessrech*t, 16 th ed. München, 2004, § 141, marg. note 15 vd.

37 Karş. H. **Grave**/H.-J. **Mühle**, Denkgesetze und Erfahrungssätze als Prüfüngsmaßstab im Revisionsverfahren, *MDR* 1975, 274.

38 Karş. B. **Schäfer**, Die Revisibilität der Vertragsauslegung nach der ZPO-Reform, *NJW* 2007, 3463; H. **Messer**; Die revisionsrichtrtliche Nachprüfung der Vertragsauslegung, *Festschrift fürOdersky*, Berlin, 1996, s. 605.

D) Usule ilişkin işlemler, yargı kararları, tahkime ilişkin hükümler, kamu makamlarının emirleri ve her biri ayrı ayrı olarak ilk derece mahkemesinin kararları da tamamen yeniden incelemeye tabi tutulmaktadır[39].

E) Bilakis ana sözleşme ve şirket tüzükleri olaylara dayalı tespitlere tabi tutulmakta ve sonuç olarak, Federal Temyiz Mahkemesi burada sadece yorum kurallarının hayat tecrübesine uygun şekilde ve doğru uygulamasını denetlemektedir[40].

2. İstinaf Mahkemesinde Usule İlişkin Hükümlere Aykırılık

Reformdan sonra, temyiz kanun yoluna başvuru da, kanuna aykırılık nedeni istinaf mahkemesinin usule ilişkin hükümleri ihlal ettiği esasına dayanabilir (§ 551/3, No.2b). Böyle bir durumda temyiz eden taraf, temyize tabi olan kararda usule ilişkin hatanın somut bağlantısını ispat etmek zorundadır. Buna ilave olarak usule ilişkin hata, kanun yoluna başvuruyu kabul eden genel sebeplerle de örtüşmek zorundadır. Pratik olarak, eğer hata semptomatik ise veya hukuk birliğinin sağlanmasını gerektiriyorsa ıslah (düzeltme) gerekli olabilir.

Eğer temyiz eden taraf, istinaf mahkemesinin kanun yolu başvurusunu haksız bir şekilde reddettiğini iddia ederse, temyiz kanun yolu artık açık değildir. Fakat temyiz eden taraf hatanın düzeltilmesi için şikâyet yoluna müracaat ederek dava açabilir (§ 522/1, 4).

V. KANUN YOLU PROSEDÜRÜ

1. İlk Derece Mahkemesi Tarafından Kabulden Sonraki Prosedür

A) Gerçek şudur ki, kanun yoluna başvurunun kabulü sadece kamu menfaatlerini bahşetmektedir. Fakat bir kere temyiz kanun

---

39 **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 141, marg. note 10.

40 **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 141, marg. note 11.

yoluna başvuru prosedürü kabul edilirse, başvuru tarafların menfaati gereğince, genel hükümlere göre yerine getirilmelidir. Nitekim karşı taraf (hasım) katılma yoluyla temyiz talebinde bulunmadıkça (§ 554), temyiz edilen hükmün daha kesin şekilde engellemesiyle, Federal Temyiz Mahkemesi tarafından yapılan yeniden inceleme, temyiz edenin talebi ile sınırlandırılmıştır(§ 557/1). Federal Temyiz Mahkemesinin yeniden incelemesi yine de temyiz eden tarafça ileri sürülen noktalarla sınırlandırılmamıştır. Lakin olası bütün önemli hukuki hatalar re'sen (ex officio) dikkate alınabilir ve düzeltilebilir (§ 557/3, 1). Eğer ilk derece mahkemesinin hükmü yine de doğru sonuca götüren bir hata ihtiva ediyorsa, kanun yolu başvurusu reddedilir (§ 561).

B) Federal Temyiz Mahkemesi, farklı sonuca götüren bir hata bulduğu takdirde, olaylara dayalı tespitlerin eksik olması nedeniyle kesin olarak dava hakkında usulüne uygun şekilde karar vermek imkânsız hale gelmektedir. Bu durumda başvurulan hüküm, tamamen bir tarafa bırakılır ve dava yeni bir yargılama ve karar için istinaf mahkemesi önüne geri gönderilir (§ 563/1). İstinaf mahkemesi yeni bir davada karar verirken, Federal Temyiz Mahkemesi'nin hukuki görüşü ile bağlıdır (§ 563/2). Eğer doğru bulgular nihai bir hüküm tesisine cevaz verirse veya başka bulguların getirilmesi imkânsız ise, Federal Temyiz Mahkemesi nihai kararını vermektedir (§ 563/3).

C) Kanun yolu başvurusu resmi olarak işleme konulmuş, ancak yanlış olduğu veya gecikmiş olduğu kanıtlanmış ise, söz konusu başvuru talebi mahkeme kararıyla sözlü yargılama yapılmaksızın reddedilir (§ 552).

D) Eğer istinaf mahkemesi kanun yolu başvurusunu kabul etmiş ise, Federal Temyiz Mahkemesi bu başvuru hakkında karar vermek zorundadır. Federal Temyiz Mahkemesi yine de bu kabulün haklı (mucip) sebebi hakkında farklı bir görüşe sahip olabilir. Eğer bu mahkeme, buna ek olarak temyiz eden tarafın bireysel haklarına bir aykırılık olmadığını tespit ederse, sözlü yargılama anlamsız kalabilir.

24 Ağustos 2004[41] tarihli Yargıyı Modernleştirme Kanunu, böyle davaların etkili bir şekilde çözümlenmesinin Federal Temyiz Mahkemesi tarafından mümkün hale getirilmesi amacıyla, hakkın bireysel ihlalinden dolayı kanun yolu başvurusuna izin verilmesi hakkındaki taleplere, temyiz eden tarafa delillerini getirme fırsatı verdikten sonra, ittifak bir mahkeme kararı ile sözlü yargılama olmaksızın bunun gibi kanun yolu başvurularını reddetmesi için Federal Temyiz Mahkemesi'ne yetki vermiştir (§552a).

E) Diğer Bütün davalar sözlü yargılamadan sonra karara bağlanabilir. Kanun yolu başvurusu, (raportörün yorumundan sonra) yine de geri çekilebilir (§ 565) ve hatta işlemlerin bu aşamasında talep, hasmın rızası ile geri alınabilir (§§ 269, 555).

F) Kanun yolu başvurusu, ileri sürülen yeni vakıalara dayandırılamaz (§ 559/1). Sonuç olarak temyiz eden taraf, usule ilişkin hatayı ispat edemediği takdirde (§ 559/1, 2),[42] Federal Temyiz Mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararı ile bağlıdır (§ 559/2).

Federal Temyiz Mahkemesi kanunun lafzının dışında kalan yeni vakıaları, eğer taraflar arasındaki vakıalar nizasızsa ve nihai karara yardımcı oluyorsa dikkate almaktadır[43]. Nihayet eğer yeni kanunun derdest olan davalara uygulanması gerekiyorsa, Temyiz Mahkemesi yeni yasayı da uygulamaktadır[44].

VI. FEDERAL TEMYİZ MAHKEMESİ'NE ŞİKÂYET

1. Yeni Kavram

2001 tarihli Medeni Usul Kanunu reformu, sadece değere bağlı kabul yoluyla genel kanun yolu başvurusunu değil, aynı zamanda

---

41 *Bundesgesetzblatt*, Bölüm I, s. 2198.

42 Karş. W. **Ball**, Der für das Revisionsgericht maßgebliche Tatsachenvortrag der Parteien, *Festschrift für K.Geiss*, Köln, 2000, s. 3.

43 **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 143, marg. note 13-15.

44 **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 141, marg. note 56.

Federal Temyiz Mahkemesi'ne genel şikâyet yoluyla müracaatı da yürürlüğe koymuştur (§ 574). Yıllar önce istinaf mahkemesi gibi hareket eden bölge mahkemesinin kararlarına karşı şikâyet için, sadece fevkalade hallerde, Bölge İstinaf Mahkemeleri'nde dava açılabilirdi. Genelde başka kanun yolu başvurusu olanağı mevcut değildi. Bu başvuru olsa bile, istinaf mahkemesinin kararına karşı, şikâyet şart sayılır ve ancak istinaf mahkemesi tarafından yapılan prosedüre veya yeni bir hukuka aykırılık sebebine dayanılabilirdi (2002 yılından önceki § 568/2 hükmünün versiyonu).

Yeni kanun bu hükmü lağvetti ve istinaf mahkemelerinden verilen kararlara karşı Federal Temyiz Mahkemesi'ne genel şikâyet yoluyla müracaatı yürürlüğe koydu[45]. Bölge istinaf mahkemelerinin kararları eski kanuna göre, usul gereğince daha başka bir başvuruya tabi değildi. Bu durum değişti. İstinaf başvurusunu reddeden bir mahkeme kararı şimdi (yeni kanuna göre) yeni bir şikâyet usulüne tabi tutulmaktadır (§ 522/1, 4)[46]. Buna ilave olarak istinaf mahkemelerinin diğer bütün kararları ve Bölge İstinaf Mahkemesinin ilk derece mahkemesi olarak hareket ettiği (özel) mahkeme kararları, örneğin hakem kararını tanımaya dair kararlar (§ 1065) şimdi yeni şikâyet usulüne tabi tutulmaktadır.

Yeni şikâyet kurumu, Bölge İstinaf Mahkemelerinde istinaf yolunun tüketilmesinden sonra hukuk alanında hukuk birliğini tesis etmede Federal Temyiz Mahkemesi'nin etkisini genişletmektedir. Sonuç olarak, yeni şikâyet kurumu Federal Temyiz Mahkemesi'nin ekstra ağır iş yüküne sebep olmuştur[47]. Fakat iki veya üç yıl içinde özellikle yargılama giderleri, tanıma ve iflas alanındaki[48] birçok önemli tartışmalar bu şekilde halledilebilmiştir. Şikâyet kurumu ile

---

45 P. **Murray**/R. **Stürner**, *German Civil Justice*, 2004, s. 403.

46 Karş. BGH *NZV* 2006, 533; BGH *NJW* 2008, 1670.

47 2003 yılında icra ve iflas konuları hakkında da yeni bir yardımcı hukuk bölümü tesis etmeye gereksinim vardı.

48 Karş. BGH *NZI* 2008, 391.

ilgili uyuşmazlıkların sayısı dikkate değer niteliktedir. Nitekim 2003 yılında bu başvuruların 1.419 tanesi hakkında dosya açılmıştır. 2004 yılında 1.340, 2006 yılında 1.325 ve 2007 yılında 1.267 şeklinde ortaya çıkan bu rakamlara ilişkin olarak sayının devam ederek azalacağına inanmak için yeterli sebep vardır.

Yeni kanun, şikâyet kurumunu kanun tarafından izin verilenler[49] ve kararın yayınlanmasına mahkeme tarafından izin verilenler olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Bu mahkemenin kabulü Federal Temyiz Mahkemesi için bağlayıcıdır (§ 574/3, 2). Eğer şikâyet varsa, yine de kanun tarafından yetkilendirilmiş Federal Temyiz Mahkemesi, şikâyetin hukuk birliğini sağlamak için gerekli ve temel önemi olup olmadığını denetlemek yetkisine sahiptir[50]. Eğer durum böyle değilse, Federal Temyiz Mahkemesi şikâyeti reddeder (§ 574/2). 2007 yılında bu sebeple 81 dava daha reddedilmiştir.

2. Şikâyet Prosedürü

Şikâyet yolu, istinafta verilen mahkeme kararının tebliğinden itibaren bir aylık dönem içinde, Federal Temyiz Mahkemesi'ne temyiz dilekçesi ile başvurulmak suretiyle başlatılmaktadır. Buna ilave olarak temyiz eden taraf, Federal Temyiz Mahkemesi'nde dava açması kabul edilmiş bir avukat tarafından temsil edilmelidir. Eğer şikâyet, şikâyet dilekçesinde gerekçelendirilmemişse, istinaf mahkemesince verilen kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde gerekçelendirilmelidir (§ 575/2, c1). Esas itibariyle, istinaf mahkemesi tarafından verilen hükme karşı kanun yolu başvurusu için gerekli kanuni süre azalmışsa ise, bu mesele daha az karmaşıktır. Zira Federal Temyiz Mahkemesi bu durumda, dilekçeye ilişkin iki aylık ek süre verebilir (§§ 574/2, 3; 551/2, c.5,6).

Eğer şikâyet kabule şayan ise; temyiz eden tarafın talebi, Federal Temyiz Mahkemesi tarafından olası bütün hukuki hatalar dikkate

---

49 B. **Künkel**, Die zugelassene Rechtsbeschwerde, *MDR* 2006, 486.

50 Karş. BGH *Recht und Schaden (r + s)* 2003, 86.

alınarak re'sen (ex officio) incelemeye tabi tutulmaktadır (§ 577/2, c.1, 2).

Eğer Federal Temyiz Mahkemesi hata olmadığını veya kanun yoluna başvurulan kararı etkilemeyen bir hata olduğunu tespit ederse, şikâyet başvurusunu reddeder (§ 577/3). Buna karşılık, eğer mahkeme sebep sonuç ilişkisi içinde hukuki bir hatayı tespit ederse, şikâyeti haklı bulur. Mahkeme, dava ilk derece mahkemesinde olduğu için, kanun yoluna başvurulan kararı bozar ve ilk derece mahkemesine davayı geri gönderir (§ 577/4, c.1). İlk derece mahkemesi hükmün bozulmasına neden olan hukuki tespit ile bağlıdır. Federal Temyiz Mahkemesi, olağan kanun yolu başvurusunda eğer ilave vakıalar gerekli değil veya nihai karara ulaşmak için uygun değilse, mesele hakkında nihai karar verebilir (§ 577/5).

Federal Temyiz Mahkemesi, duruşma (sözlü yargılama) yapmaksızın mahkeme kararıyla şikâyet hakkında hüküm verir (§ 128/4). Şimdiye kadar Federal Temyiz Mahkemesi, temyiz eden tarafından sebep gösterilmeksizin ileri sürülen usule ilişkin hataları araştıramaz. Fakat diğer bütün hallerde, Federal Temyiz Mahkemesi, gösterilen sebeplere göre şikâyete cevaz veren sebepler düzeltilmezse, gösterilen sebeplere göre karar vermekten kaçınabilir (§577/6).

VII. FEDERAL TEMYİZ MAHKEMESİ KARARINA KARŞI ANAYASAL BAŞVURULAR

1. Anayasal Başvuru

Alman Anayasası'nın madde 94/1 no. 4a hükmüne göre, bir hukuk davasında örneğin nihai mahkeme kararının, temyiz eden tarafın, Alman Anayasası tarafından teminat altına alınmış temel haklarını ihlal ettiği iddiası ile Federal Temyiz Mahkemesi'ne başvurulabilir.

Böyle bir anayasal başvuru, Federal Temyiz Mahkemesi'nin hükümlerine veya mahkeme emirlerine karşı olsa bile, usule ilişkin başka bir çare olmadığı için kabul edilmektedir[51].

2. Hukuki Dinlenilme Hakkının İhlaline Karşı Yeni Bir İtiraz Yolu

Çoğunlukla, temyiz eden taraf, mahkeme tarafından hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiği iddiası ile Anayasa'nın madde 103/1 hükmü gereğince müracaatta bulunabilir. Alman Kanun Koyucusu, bu konuda Federal Anayasa Mahkemesi'nin dava yükünü hafifletmek için, 2001 yılında, hukuki dinlenilme hakkını ihlal eden bir kararın düzeltilmesi için mahkemeye itiraz hakkı tanıyan yeni bir § 321a hükmünü sevk etmiştir[52]. Bu itiraz, hukuki dinlenilme hakkının ihlali ve kararın vukuundan itibaren iki hafta içinde yapılmalıdır (§ 321a/2).

Eğer mahkeme hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiği kanaatine varırsa, hatalı hükme karşı itiraz eden taraf, yeni ve yeniden karar verilmek üzere, dinlenilmek için istemde bulunduğu takdirde, dava yeniden açılmaktadır (§ 321a/5). Eğer mahkeme böyle bir aykırılık bulmaz ise, şikâyet reddedilecektir (§ 321a/4, c.3, 4).

Bu durumda davacı, anayasal başvuru talebini Federal Anayasa Mahkemesi'ne sunmaktadır[53].

---

51 P. **Murray**/R. **Stürner**, *German Civil Justice*, s.403 vd.; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 17, marg. note 13-27.

52 Karş. M. **Bloching**/A. **Kettinger**, Das Anhörungsrügengesetz in der zivilprozessualen Praxis, *JR* 2005, 441; A. **Kettinger**, Die Statthaftigkeit der Anhörungsrüge (§ 321a ZPO), *JURA* 2007, 161; M. **Vollkommer**, Erste praktische Erfahrungen mit der neuen Gehörsrüge gemaß § 321a ZPO, *Festschrift für Musielak*, München, 2003, s. 619.

53 Karş. M. **Desens**, Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde und ihr Verhältnis zu fachgerichtlichen Anhörungsrügen, *NJW* 2006, 1243.

3. Anayasal Başvurunun Önemi

Alman hukukunda, Federal Temyiz Mahkemesi tarafından geliştirilen adalete erişim standartlarını düzeltmek hususunda Anayasa Mahkemesi'ne fırsat verildiği için, anayasal başvurunun hala büyük önemi bulunmaktadır. Bu konuda anayasal başvuru gerçekten vatandaşların lehine olan bir araçtır. Federal Temyiz Mahkemesi hâkimleri, kariyer sahibi hâkimlerdir ve bu yüzden siyasal bir seçimden sonra ve hukuk mesleğinden atanmış olan, Federal Anayasa Mahkemesinin hâkimlerinden daha fazla geleneklere bağlıdırlar.

VIII. OLAĞANÜSTÜ ŞİKÂYET

2001 reformundan önce Alman Mahkemeleri, hukuken herhangi bir başvuruya tabi tutulmayan bir mahkeme kararı temyiz edilmiş ise, hukuka aykırı olarak elde edilen delillere karşı, olağanüstü şikâyet adı ile isimlendirilen bir sistem geliştirmişti. Bu tür başvurular büyük adaletsizleri düzeltmek ihtiyacı ile haklı görülmüştü.

Mahkeme emirlerine karşı genel şikâyet 2001 tarihli Reform Kanunu'nda tesis edildiği için, istinaf mahkemelerinin kararına karşı genel şikâyet yolu ve buna ilave olarak hukuki dinlenilme hakkına aykırılık durumunda itiraz yolu hemen hemen bütün mahkemelerde kabul edilmektedir. Bu nedenle Medeni Usul Kanunu'nda olağanüstü şikâyet yolu artık bulunmamaktadır[54].

Eğer mahkeme, kararını değiştirme yetkisine sahip ise, davacı taraf, yine de karar veren mahkemeye hükmünü yeniden incelemesi için talepte bulunabilir ve itiraz edebilir. Bu çerçevede birçok mah-

---

54 Karş. BGHZ 150, 133= *NJW* 2002, 1577; BGH *FamRZ* 2003, 1550; V.LIPP, Beschwerden wegen "greifbarer Gesetzwidrigkeit" nach der ZPO- Reform, NJW 2002, 1700; Eleştirisi için Bkz. E. **Schneider**, Gehörsrüge des § 321a ZPO- Anhörungsrüge, Ausnahmeberufung, Ausnahmebeschwerde, Willkürverbot, *MDR* 2006, 969, 974 vd.; M. **Vollkommer**, Beschwerden wegen "greifbarer Gesetzwidrigkeit" nach neuem Recht, *NJW- Sonderheft* BayObLG Abscheid zum ende eines Gerichts, 2005, s. 64.

keme, hukuki dinlenilme hakkına aykırılığa ilişkin itirazı, ancak aynı usulde ve aynı zamanaşımı süresi içinde dermeyan edildiği takdirde kabul etmek isteği içindedir[55].

IX. NİHAİ DEĞERLENDİRME

Temyiz işlemleri ile ilgili yeni kanun, daha önce Federal Temyiz Mahkemesi'nin parasal değeri yüksek davalarda, davacıların davalarını her zaman Federal Temyiz Mahkemesi'ne ileri sürebildiğine dair eski bir geleneğini sona erdirmiştir. Bu nedenle, birçok kişinin eski kanuna yas tuttuğuna ilişkin kuşku yoktur. Şu ana kadar yeni kanun, adalete erişim eşitliği ilkesini eskisinden daha iyi karşılamaktadır[56]. Bu sadece istinaf mahkemelerinin hükümlerine karşı kanun yolu başvurusu için doğru değildir. Bu kanun yolu, şimdi temyize ilişkin merci olarak hareket eden bölge mahkemelerinin hükümlerine karşı da açık bulunmakta ve bu ihtimal sıklıkla kullanılmaktadır. Üstelik Federal Temyiz Mahkemesi'ne erişim, istinaf mahkemeleri tarafından verilen her çeşit mahkeme emrine karşı yeni şikâyet kurumu vasıtasıyla oldukça gelişmektedir. Sonuç olarak, Federal Temyiz Mahkemesi kanunların ortak yorumunu ve hemen hemen bütün medeni hukuk dallarında içtihat birliğini sağlayabilecektir.

Federal Temyiz Mahkemesi'nin ittifakla içtihat birliğinin temini için hareket etmesi, pratik olarak ilk derece mahkemelerinde yapılan ciddi hukuki hataların bir daha gözden geçirilip düzeltilmesini sağlayabilir. Federal Temyiz Mahkemesi bu amaca ulaşmak için, böyle bir hatanın örnek alındığını ve hukuk birliğinin tehdit edildiğini kabul edebilir[57].

---

55 Karş. **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, Zivilprozessrecht § 145, marg. Note 12.

56 P. **Gottwald**, Die Reform der ZPO aus der Sicht der Wissenschaft, *Verh. d. 65 DJT*, München, 2004, Vol. I, A 107, 126.

57 Karş. H. J. **Musielak**, Der Zugang zuer Revisionsinstanz im Zivilprozess, *Festschrift fürWalter Gerhardt*, Köln, 2004, S. 653, 680.

2004 tarihli reformun, bu kanunun gerçek etkileri üzerine yapılan ilk araştırma, nihai kanun yolu mahkemesi olarak Federal Temyiz Mahkemesi'nin durumunu güçlendirdiğini göstermiştir[58]. Yeni kanun yürürlüğe girdiğinde, Federal Temyiz Mahkemesi uzun zamandır Bölge İstinaf Mahkemeleri arasında ihtilaflı olan birçok hukuki sorun hakkında derhal karar vermiştir. Bu arada Federal Temyiz Mahkemesi, iflas hukuku, tenfiz ve özel hukuk alanındaki kira sözleşmeleri gibi, o zamana kadar yetkisinin dışında kalan hukuk dallarında, kanuna uygun kesinliği tesis etmiştir. Bunlar önemli kararlar olduğu için, bu alanda şikâyetler ve istinaf müracaatlarının sayısı gösterilmekte ve sonuç olarak medeni hukuk bölümlerinin iş yükü azalmaktadır. (Federal Temyiz Mahkemesi 2007 yılında iş yükünün aynı seviyede dengede kalacağı hususunda kuşku duymaktadır).

Bazı muhafazakâr hukukçuların aksine[59], yeni kanun sadece Federal Temyiz Mahkemesi'nin durumunu sağlamlaştırmayıp, aynı zamanda bireyin hukuki korunmasını da geliştirmiş bulunmaktadır. Bu sonuç, Federal Temyiz Mahkemesi'nin bazı fevkalade politik veya yapısal olarak önemli davalar hakkında kararlar verdiği, Almanya'da hukuki birliğin sadece soyut bir amaç olmadığı gerçeğinden kaynaklanmaktadır. Bilakis, sonuçta etkin hukuki korunma ve yeknesak içtihat birliğinin gelişmesi için çok sıkı ağ sağlayan sistem, her yıl 4.000 ila 5.000 arasında yaklaşık 100 hâkim ile karar veren Federal Temyiz Mahkemesi'nin medeni hukuk bölümlerinden oluşmaktadır.

---

58 Karş. Christoph **Hommerich**/Hanns **Prütting**/Thomas **Ebers**/Sonja **Lang**/Ludger **Traut**, *Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Form des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis*, Köln, 2006, s. 267 vd., 283.

59 Karş. H. **Raeschke-Kessler**, Die Rechtsmittelreform im Zivilprozess von 2001 – ein Fortschritt?, *Anwaltsblatt* 2004, 321, 325 vd.