

ALMAN VE AVUSTURYA HUKUKUNDA İLK DERECE YARGILAMASINDAKİ USULİ HAK DÜŞÜMÜ KURALLARI ÜZERİNE BİR İNCELEME

Yrd. Doç. Dr. Gülcan Demirhan*

Tarafın ihmali halinde artık o usuli işlemin yapılamayacağı hükmünü içeren gerek Alman MUK.'nun 230. ve gerek Avusturya MUK.'nun 144. maddeleri, hak düşümü etkisi prensibini (Prinzip der Praeklusionswirkung) esas alır. Bu prensip, bir işlemin yapılması ihmal edilirse, o işlemin sonradan telafi edilmesinin mümkün olmasını ve yargılamanın söz konusu işlem dikkate alınmaksızın devam etmesini ve davanın sonuçlandırılmasını ifade eder¹. İnceleme konumuz olan Alman MUK.'nun 296. maddesi ile Avusturya MUK.'nun 179. maddeleri hükümleri de hak düşümü kurallarına ilişkin düzenlemeler içermektedir². Usuli hak düşümü kurallarının amacı, deyim yerinde ise, tarafların “damla damla” (azar azar) açıklamada bulunmalarını önlemek suretiyle davanın hızlandırılmasını sağlamaktır³. Hak düşümü yaptırımı tarafları zamanında ve tam olarak açıklamada bulunmaya teşvik edecek; böylece mahkeme daima yenilenen açıklamalar ile meşgul olmaktan kurtulacak ve dava süresi kısılacaktır⁴.

*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 429 (4); Von Stosch, s. 19-20; Rechberger/Simotta, s. 203 (333), 284 (495).

² “Hak düşümü” (Praeklusion) medeni usul hukuku alanında ve usuli kurallar uyarınca meydana geldiği için, makalenin başlığında ve içinde “usuli hak düşümü” ibaresi de kullanılmıştır.

³ MüKo/Prütting, § 296/2.

⁴ Bkz. MüKo/Prütting, § 296/3.

Mahkemelerin iş yükü ve bununla birlikte ortaya çıkan uzun dava süreleri ile savaşta etkili silahlardan biri hiç kuşkusuz ilk derece mahkemelerinde yürütülen yargılamanın kısaltılmasıdır. Yargılamanın kısaltılmasına hizmet eden araçlardan biri ise, mahkeme ve taraflar arasında yürütülecek işbirliğidir. İşte Alman ve Avusturya hukukunda yer alan hak düşümü kuralları da ancak böyle bir işbirliğinin sonucu olarak uygulanabilecek kurallardır. Az önce belirttiğimiz üzere, hak düşümü kurallarının amacı, davanın hızlandırılmasıdır; ancak bu amaca sadece mahkeme tarafından usulüne uygun bir şekilde yürütülecek yargılama ile ulaşmak mümkündür⁵. Geç ileri sürülen açıklamaların reddini öngören hak düşümü kuralları, öncelikle mahkemenin ödevlerini yerine getirmesini şart koşar⁶.

I-Tarihi Bakış

Alman ve Avusturya hukukunda hak düşümü kurallarını tarihi açıdan incelediğimizde şöyle bir gelişim görülmektedir:

1877 yılında kabul edilen Alman MUK'ndan önce, Almanya'nın çeşitli bölgelerinde geçerli olan MUK.'nlarının büyük kısmı teksif ilkesi ile donatılmıştır⁷. 1879 yılında yürürlüğe giren Alman MUK.'nda ise, sözlü yargılama esası benimsenmiş⁸; yargılamanın yürütümü taraflara bırakılmıştır⁹. Kanununun 252. maddesine göre; davalı savunma vasıtalarını sürüncemede bırakma niyetiyle ya da fahiş bir ihmal ile daha önceden getirmemişse ve bunların kabulü davanın hallini geciktirecekse, mahkeme, davacının talebi üzerine davalının savunma vasıtalarını reddedebilir. Bu düzenleme ile, teksif ilkesi kesin olarak reddedilmiştir¹⁰. Davanın kabulüne ilişkin ilk itirazlar da, asıl meseleye ilişkin duruşmadan önce veya aynı anda ileriye sürülmezlerse ya da gecikme bir özre dayanmıyorsa, artık dinlenmezler(MUK. m. 247/III).

1924 yılında Emminger Kararnamesi ile ret kurallarında önemli değişiklikler yapılmış¹¹; derdest dava sırasında sonradan getirilen dava

⁵ Musielak/Huber, § 296/1.

⁶ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/16.

⁷ Kallweit, s. 13.

⁸ Kallweit, s. 15; Leipold, ZZP 93 (1980), s. 258.

⁹ Von Stosch, s. 29.

¹⁰ Leipold, ZZP 93 (1980), s. 258; Kallweit, s. 15.

¹¹ Kallweit, s. 16.

malzemesinin kabulü önemli ölçüde sınırlandırılmıştır¹². MUK.'nun 279. maddesinin yeni metni, artık iddia vasıtalarını da kapsar hale getirilmiş ve davacı da dava malzemesinin zamanında ileri sürülmesi ile görevlendirilmiştir¹³. Gecikmiş açıklamaların dinlenmemesi için artık hasmın talebine ihtiyaç yoktur¹⁴. Bir özre dayanmaksızın ihmal halinde, iddia ve savunma vasıtaları kabul edilmeyebilir. MUK. m. 279/II hükmüne 1933 yılında bu kararname ile ilave yapılarak; hazırlanmış dilekçelerde zamanında ileriye sürülmemiş iddia ve savunma vasıtalarının reddedilmesi kabul edilmiştir. Bu düzenlemeler teksif ilkesine bir yönelim olarak görülebilir¹⁵. Bununla birlikte, bu düzenlemeler yoğunlaştırma ilkesi (Konzentrationsmaxime) olarak iz bıraktı¹⁶. Bu ilke, tarafları konsantre dava yürütümü ile görevlendirir ve tarafların ve yargılamanın yürütümünde hakime yetki verir. Böylece taraflar iddia ve savunma vasıtalarını hızlı bir şekilde getirmeye teşvik edilmelidir.

Alman doktrininde 1950'li yıllarda, özellikle Avusturya hukukunda mevcut kurumlardan hareketle¹⁷, davanın sürüncemede bırakılmasını önleyen yeni fikirler ortaya atıldı ve tartışıldı¹⁸. 1960'lı yıllarda, özellikle 1968 yılından itibaren "Stuttgarter Modell" olarak adlandırılan taslak, Alman mahkemelerinde gittikçe yaygın bir şekilde uygulama alanı buldu¹⁹: Bu model, dava malzemesinin tamamlanmasını sağlayacak yazılı bir ön yargılamayı öngörmektedir. Hakimin herhangi bir görev üstlenmediği bu safha (dava ve cevap dilekçeleri, replik), asıl duruşmaya esaslı bir şekilde hazırlanmayı amaçlamaktadır. Hakim dilekçelerin teatisi ve duruşma arasındaki zamanda, tanıkları davet, belgeleri talep gibi işlemleri yapacaktır. Amaç, Kanunun öngördüğü gibi, davayı tek ve tartışmalı bir duruşmada sonuçlandırmaktır. Duruşma tarafların dinlenmesi ile şekillenmektedir. Bu kurallar ile, genel davayı sevk ödevine ilişkin ilk düzenlemelerin kabul edildiği söylenmektedir²⁰. Hakim

¹² Jauerning, s. 113.

¹³ Von Stosch, s. 30; Bettermann, s. 382.

¹⁴ Bettermann, s. 383-384. Yazar'a göre (s. 384); dava malzemesi üzerinde halen taraf hakimiyetinin geçerli olduğu bir sistemde, talep olmaksızın, hakimin iddia ve savunma vasıtalarını gecikme nedeniyle reddetmesi yerinde değildir.

¹⁵ Bkz. Jauerning, s. 113; Von Stosch, s. 30.

¹⁶ Von Stosch, s. 30; Jauerning, s. 108, 113; Leipold, ZZZ 93 (1980), s. 258.

¹⁷ İstinaf yargılamasında yenileme yasağı (Neuerungsverbot) ve ön duruşma (Vortermine) gibi.

¹⁸ Bkz. Von Stosch, s. 31-32.

¹⁹ Kallweit, s. 19-20; Von Stosch, s. 32-33.

²⁰ Kallweit, s. 20.

niyet ettiği hüküm hakkında taraflara haber vermek ile yükümlüdür. Şekli ve maddi anlamda davayı sevk ödevinin tam olarak yerine getirilmesi, şimdilik dava süresinin esaslı bir şekilde kısılmasını sağlamıştır²¹.

1976 yılında yapılan Kanun değişikliğinin (Vereinfachungsnovelle) kabulüne kadarki dönemde hazırlanan çeşitli tasarılar az çok teksif ilkesine yönelen kurallar içermektedir²²: 1964 yılındaki ilk tasarıda genel bir davayı sevk ödevi önerilmiş; kusurlu olarak gecikmiş her açıklamanın -ki, hafif kusur yeterlidir- hak düşümü ile karşılaşacağı kabul edilmiştir. 1970 yılının hükümet tasarısı ise, mahkemeye, ya erken ilk duruşma tarihini belirleme ya da yazılı bir ön yargılamayı başlatma hususunda seçim imkanı öngörmektedir. Taraflardan başka hakim de genişletilmiş hazırlık ve aydınlatma ödevi ile donatılmıştır; hakim davanın her aşamasında yargılamanın gecikmeden yürütümünü teşvik ile görevlidir. Bunu sağlamak için 1974 yılında hükümet tasarısı, hakim tarafından sürelerin tayinine ilişkin düzenleme getirmiştir. 1976 yılındaki son tasarıda, hakim tarafından tayin edilen sürelere riayet edilmemesi halinde, zorunlu olarak hak düşümünden bahsedilmesi gerektiği; genel davayı sevk ödevinin ihlalinde ise, hak düşümünün hakim tarafından takdirinde olduğu ve gecikmenin ağır kusura dayandığı hallerde, böyle bir sonucun doğacağı kabul edilmiştir. Genel davayı sevk ödevi böylece ilk defa kanuna alınmıştır. Genel anlamda davayı sevk ödevi, her iki tarafın iddia ve savunma vasıtalarını davanın durumuna göre özenli (gereken zamanda ve kapsamda) ve yargılamanın ilerlemesini gözetken dava yürütümüne uygun olarak ileri sürmelerini ifade eder²³. İşte 1976 yılı Kanun değişikliğinin (Vereinfachungsnovelle) hedeflerinden biri, tarafları özenli ve yargılamayı ilerletmeye yönelik işbirliğine (Alman MUK. m. 277,282) ve mahkeme tarafından tayin edilen sürelerle (Alman MUK. m. 273, 275, 276, 277) riayete teşvik etmektir; tarafların bu davayı sevk ödevlerini ihlal etmelerini önlemek amacıyla, gecikmiş açıklamaların belli şartlar altında reddini öngören Alman MUK.'nun 296. maddesi hükmü kabul edilmiştir²⁴. Belirtelim ki, bu madde hükmünü, daha doğrusu bu madde hükmü ile bağlantılı olarak davayı sevk ödevini saf teksif ilkesine yaklaşım olarak gören yazarlar vardır²⁵. İlk

²¹ Von Stosch, s. 33.

²² Von Stosch, s. 33-35.

²³ Kallweit, s. 24, 28 vd.

²⁴ Bkz. Zöllner/Greger, § 296/1; Musielak/Huber, § 296/1.

²⁵ Bkz. Jauerning, s. 113; krş. Leipold, ZJP 93 (1980), s. 258 vd.

derecede hak düşümüne uğramış açıklamaların istinaf yargılamasında da ileriye sürülmesi artık mümkün değildir (Alman MUK. m. 531/I).

Avusturya hukukunda usuli düzenlemeleri ilk defa bir araya getiren 1781 yılındaki Medeni Usul Kanununda (Erste einheitliche Gerichtsordnung von 1781) taraf hakimiyetine üstünlük tanınmıştır²⁶: Taraflar dava konusu üzerinde tasarruf etme hakkına sahiptir ve dava malzemesinin toplanması işi de taraflara aittir. Hakim gerçeğin araştırılması bakımından hiç bir etkiye sahip değildir; hakim faaliyetini yargılamanın yürüyüşüne ilişkin tedbirler ile sınırlıdır. Kanun resen delil ikamesi veya soru sorma ve işaret etme ödevi öngörmemiş; bunun yerine taraf yeminine ilişkin karışık bir sistem getirmiştir. Ancak bu sistem, maddi gerçeğe uygun karar verilmesine hiçbir katkıda bulunmamıştır. Yargılamanın yürüyüşüne ilişkin getirilen tedbirler de, -ki bunlar, dolaylı delil ikamesine ilişkin kapsamlı kurallar, uzun hak düşümü süreleri ve teksif ilkesidir-, davayı uzatmaya yöneliktir. Bu Kanunda davanın gidişine hakim etkisi etmesine izin verecek kuralları içeren elastiki bir sistem mevcut değildir²⁷. Tarafın yokluğunda yapılan yargılama, hak düşümü esaslarına ve ikrar fiksionuna dayanmakta ise de, eski hale getirme kuralları sayesinde hak düşümü etkisi ortadan kalkmaktadır.

Kanunun bu düzenleme şekli şikayetlere yol açmış ve 1796 yılında, daha sonra bir çok eyalet tarafından iktibas edilen Westgallen Medeni Usul Kanunu kabul edilmiştir. Bu kanun takdir yetkisine ilişkin kuralları ile hakim yargılamaya etkisini düzenlemiştir²⁸. 19. yüzyılda reform çalışmaları kapsamında, ilk defa medeni usul hukukunun sosyal fonksiyonu üzerinde durulmuştur; teksif ilkesinin kaldırılması gerektiği ve keyfi dava yürütümüne karşı koymak için davada hakim daha kuvvetli bir konuma getirilmesi gerektiği görüşleri savunulmuştur²⁹. Bu görüşleri temel alan Klein, basit, ucuz ve hızlı yargılama esasına ve dava konusunun tamlığına dayalı bir medeni usul kanunu hazırlamıştır^{30 31}: Özellikle yargılamanın yoğunlaştırılması için gerekli

²⁶ Von Stosch, s. 24.

²⁷ Von Stosch, s. 24-25.

²⁸ Von Stosch, s. 25.

²⁹ Bkz. Von Stosch, s. 26.

³⁰ Von Stosch, s. 27; Ballon, s. 79-80.

³¹ Klein, davanın zamanında haline, gerçeğin araştırılmasına nazaran üstünlük tanımıştır (Ballon, s. 79).

görülen hakimin konumu kuvvetlendirilmiştir; nihayet 1898 yılında, -birkaç istisnai hal hariç-, teksif ilkesi ortadan kaldırılmıştır³²; teksif ilkesinin yerini, her zaman açıklamada bulunma olanağı veren sözlü duruşma almıştır. 1895 yılında kabul edilen Avusturya Medeni Usul Kanununun 179/1. maddesinde, açıkça anlaşılan sürüncemede bırakma niyetinin ve davanın hallerinde önemli gecikmenin varlığı hallerinde yeni vakıaların ve delillerin reddedilmesi gerektiği öngörülmüştür³³. İlk şartın (açıkça anlaşılan sürüncemede bırakma niyetinin) varlığı halinde, bu, eski vakıa iddialarına yönelik yeni delil teklifleri için de geçerlidir (Avusturya MUK. m. 275/II). 1976 yılında avukatlar ve hakimler, maddi anlamda davayı sevk ödevi kapsamında hakimin ret yetkisinin genişletilmesi; gecikmenin önemli olması şartının iptal edilmesi gerektiğini belirtmişler ve fakat bu öneri kanun koyucu tarafından kabul görmemiştir³⁴. Uygulamada, gecikmiş açıklamaların reddi için öngörülen açıkça sürüncemede bırakma niyetinin çok zor gerçekleşen bir şart olduğu görülünce³⁵, 1997 yılında yapılan değişiklikle, bu şart biraz yumuşatılmıştır. Buna göre, bütün hal ve şartların özenli bir şekilde göz önünde bulundurulması halinde, sürüncemede bırakma konusunda makul hiçbir şüphe mevcut olmamalıdır³⁶. Bundan başka, delillerin kabulünün davanın hallini önemli ölçüde geciktirmesi şartı, Avusturya MUK. m. 275/II hükmüne alınmıştır. 1997 yılında yapılan değişiklikten sonra, Avusturya MUK.'nun bu maddeleri, daha doğrusu 179. madde hükmü, 2002 yılında değişime uğramıştır. Avusturya MUK.'nda 2002 yılında yapılan değişikliğin hedefi, yargılamanın hızlandırılmasıdır³⁷. Bu amacı gerçekleştirmek için, diğer tedbirlerin yanı sıra, tarafların davayı sevk ödevinin kapsamı ve hak düşümü kuralları genişletilmiştir³⁸. Avusturya MUK. m. 179 hükmünün yeni metnine göre, esasa ilişkin açıklamalar ve deliller, ağır kusur nedeniyle daha önce gösterilmemişse ve bunların kabulü davayı önemli ölçüde geciktirecekse, reddedilebilir.

³² Deixler-Hübner, s. 170.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ballon, s. 78 vd.

³⁴ Ballon, s. 83.

³⁵ Ballon, s. 84.

³⁶ Ballon (Bkz. s. 84), bu ifade şekilleri arasında herhangi bir fark bulunup bulunmadığını sorgulamaktadır.

³⁷ Ballon, s. 75.

³⁸ Ballon, s. 77; Annerl, s. 229.

II-Gecikmiş Açıklamaların Reddini Öngören Kanuni Düzenlemeler

Alman hukukunda da 1976 yılı Kanun değişikliği (Vereinfachungs novelle) ile kabul edilen kurallar sayesinde, taraflar gecikmeden ve konsantre bir yargılama yürütümü ile görevlendirilmiştir. Alman MUK. m. 296 hükmü, Kanunda düzenlenen bütün yargılama usullerinde (Verfahrensarten) geçerlidir³⁹. Alman MUK. m. 296/I hükmüne göre; mahkeme, tayin edilen süre aşıldığı için geç ileriye sürülmüş iddia ve savunma vasıtalarını, bunlar davayı geciktirdiği takdirde, reddetmek zorundadır. Şayet gecikme yeterli bir özre dayanıyorsa, o zaman bu iddia ve savunma vasıtaları dinlenebilir. Bu madde hükmü, gıyapta yargılamada da uygulanır (Alman MUK. m. 340)⁴⁰. Gaip taraf, gıyabi hükmün (Versaeumnisurteil) tebliğinden sonra iki hafta içinde itirazını bildirmek ve açıklamalarını telafi etmek zorundadır (Alman MUK. m. 339). Alman MUK. m. 296/I hükmü, tayin edilen süre geçtikten sonra ve fakat daha henüz sözlü duruşma kapanmadan önce ileriye sürülmüş iddia ve savunma vasıtalarını kapsamaktadır⁴¹. Sözlü duruşma kapandıktan sonra yapılan açıklamalar hakkında Alman MUK. m. 296a hükmü uygulanacaktır⁴².

Tarafa bir süre verilmemiş olsa da, Alman MUK. m. 296/II hükmüne göre, o genel davayı sevk ödevini (Alman MUK. m. 282/I) ihlal ederek sözlü duruşmada zamanında açıklamada bulunmazsa veya Alman MUK. m. 282/II hükmüne aykırı olarak sözlü duruşmadan önce hazırlanmış dilekçesi ile zamanında bildirimde bulunmazsa, mahkeme gecikmiş iddia ve savunma vasıtalarını reddedebilir. Hakimin ret kararı verebilmesi için, davanın gecikmesi ve açıklamaların geç ileri sürülmesinde, -Alman MUK. m. 296/I hükmünün aksine-, ağır ihmâl gereklidir. Buna karşılık, davanın kabul edilebilirliğine yönelik itirazlar (Zulaessigkeitslügen)⁴³, -sıkı teksif ilkesini takiben⁴⁴- Alman

³⁹ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/3. Konut Mülkiyeti Kanunundaki yargılama ile iş mahkemelerindeki yargılama ve patent mahkemesindeki yargılamada da, bu madde uygulanır.

⁴⁰ Alman MUK. m. 296/I hükmüne atıf yapan diğer bazı maddeler için bkz. Alman MUK. m. 411/IV, 530, 697/III.

⁴¹ Musielak/Huber, § 296/3.

⁴² Alman MUK. m. 296a hükmüne göre; hükmün verildiği sözlü duruşmanın kapanmasından sonra artık iddia ve savunma vasıtaları ileriye sürülemez. Alman MUK. m. 156 ve 283. maddeler saklıdır.

⁴³ Burada mahkeme tarafından resen gözetilmesi zorunlu olmayan itirazlar söz konusudur.

⁴⁴ Bettermann, s. 381.

MUK. m. 282/III'e göre zamanında ve asıl mesele için yapılacak duruşmadan önce ve fakat sözlü duruşmadan önce davaya cevap süresi tayin edilmişse, bu süre içinde ileri sürülmek zorundadır. Davanın kabul edilebilirliğine ilişkin ve davalının vazgeçebileceği gecikmiş itirazlar, davalı gecikme için yeterince özür dilerse, kabul edilebilir (Alman MUK. m. 296/III).

Alman MUK. m. 273/II, b. 1 hükmüne göre, hakim her duruşmaya hazırlık için, belirli ve açıklamaya muhtaç noktalar hakkında açıklama yapmak üzere taraflara hak düşümü etkisi ile donatılmış süre tayin edebilir. Bu hüküm, tarafları duruşmalar arasında da yoğunlaştırılmış yargılama yürütümüne yardımda bulunmaya teşvik eder. Böylece mahkeme ve taraflar arasında işbirliği tam olarak gerçekleştirilebilir⁴⁵. Bu suretle, hakimin iyi hazırlanarak duruşmaya girmesi de sağlanır.

Avusturya MUK. m. 144'de düzenlenen genel hak düşümü prensibinin doğal sonucu, süresi içinde ileri sürülmeyen taraf açıklamalarının dikkate alınmamasıdır⁴⁶: Burada bu hareketin yargılama üzerinde geciktirici bir etki yaratıp yaratmaması ve tarafın kusurlu olup olmaması herhangi bir önem taşımaz; davacının talebi üzerine yoklukta bir hüküm (Versaumnisurteil) verilebilir. Buna karşılık, 2002 yılında yapılan Kanun değişikliğinden önce, Avusturya MUK. m. 181/II hükmüne göre verilen süreye riayet edilmemesi halinde, hak düşümünün oluşumu daha sıkı şartlara bağlanmıştır. Bir kere, ispat vasıtalarının geç getirilmesi, yargılamanın uzamasına neden olmak zorundadır. Bundan başka, gecikme yargılamayı sürüncemede bırakma kastına dayanmalıdır. Bu şartlar varsa, hasmın talebi üzerine veya resen ret gerçekleşir. Bu hüküm değiştirilerek Avusturya MUK.'nun 180/II. maddesine alınmıştır. Buna göre; hakim (Vorsitzende) taraflara eş zamanlı tayin edilmesi gereken süre içinde açıklamalarını bildirmelerini, ispat vasıtası olarak kullanılabilen belgeleri ve keşif objelerini mahkemeye sunmalarını ve dinlenecek tanıkların ad-soyad ve adreslerini açıklamalarını emredebilir. Taraf süresi içinde böyle bir emri yeterli özrü olmaksızın yerine getirmezse, bu açıklamalar talep üzerine veya resen reddedilebilir veya 381. madde anlamında ihmal olarak değerlendirilebilir. Görüldüğü üzere tarafın süresi içinde emirleri yerine getirmemesi, hak düşümü sonucunu doğurabilir. Dikkat edilirse, burada kanun koyucu 179. maddede öngörülen hak düşümü şartlarından (ağır kusur nedeniyle açıklamaların

⁴⁵ Von Stosch, s. 49.

⁴⁶ Von Stosch, s. 40; Rechberger/Gitschthaler, § § 144-145/2.

gecikmesi) ayrılmıştır. Fakat bu konuda uygulamanın herhangi bir fark gözetmediği görülmektedir; tarafın davayı sevk ödevi kapsamında yapması gereken davranışta bulunmaması, ağır kusurun varlığını akla yakın göstermektedir⁴⁷. Süreler ve hak düşümü etkisinden başka, genel bir davayı sevk ödevinden de bahsetmek gerekir. Gerçi Avusturya MUK. sözlü yargılamanın bütünlüğünden yanadır ve teksif ilkesi geçerli değildir, yani taraflar sözlü yargılama sonuçlanıncaya kadar önemli gördükleri hususları ileriye sürebilirler. Ancak böyle bir serbesti, davanın sürüncemede bırakılması tehlikesini taşıdığı için hakim eline hak düşürme enstrümanı verilmiştir (Avusturya MUK. m. 179, 275/II)⁴⁸. Böylece tarafların, herhangi bir süre öngörülmemiş olsa da, gecikmeden açıklamada bulunmaları sağlanmaktadır. Avusturya MUK.'nda 2002 yılında yapılan değişiklik ile tarafların davayı sevk ödevi, Kanunun 178/II. maddesinde açık bir şekilde düzenlenmiştir. Avusturya MUK. m. 178/I hükmü ise, doğruluk ödevine ilişkindir⁴⁹. Avusturya MUK. m. 178 hükmüne göre; "Taraflardan her bir, açıklamalarında taleplerinin gerekçelendirilmesi için gerekli bütün hal ve şartları doğru bir şekilde tam ve kesin olarak belirtmek, açıklamalarının tespiti için gerekli delilleri sunmak, karşı tarafça ileri sürülmüş açıklamalar ve sunulmuş deliller hakkında kesin olarak açıklama yapmak, getirilmiş delillerin sonuçlarını değerlendirmek ve karşı tarafın buna ilişkin açıklamaları hakkında kesin olarak görüşünü bildirmek zorundadır.

Taraflardan her biri, yargılamanın mümkün olduğunca hızlı yürütülebilmesi için açıklamalarını zamanında ve tam olarak bildirmek zorundadır (Davayı sevk ödevi)". Maddede geçen açıklamalar kavramına, dilekçeler ve delil ikame talepleri de dahildir⁵⁰. Taraflarca davayı sevk ödevinin ihlali, kanuni şartlar altında hak düşümünü ortaya çıkartacaktır⁵¹.

Avusturya MUK.'nun 179. maddesini tamamlayan Avusturya MUK. m. 275/II hükmüne göre; bütün hal ve şartlar özenli bir şekilde göz önünde bulundurulduğunda, delil ikamesi talebinin davayı sürüncemede bırakacağı ve bu delilin kabulünün davanın hallini önemli ölçüde geciktireceği hakkında makul hiçbir şüphe yoksa (yani bu husus şüphesiz ise), mahkeme, resen veya

⁴⁷ Rechberger/Fucik, § 180/4.

⁴⁸ Diexler-Hübner, s. 171.

⁴⁹ Rechberger/Simotta, s. 326 (571).

⁵⁰ Rechberger/Fucik, § 178/3. Ayrıca bkz. Avusturya MUK. m. 257/III.

⁵¹ Rechberger/Fucik, § 178/3; Rechberger/Simotta, s. 326 (571).

talep üzerine delilin ikamesini reddedebilir. Bu madde hükmü, 179. maddenin 2002 yılında yapılan değişiklikten önceki metnine uygundur. 2002 yılında yapılan Kanun değişikliği, vakıa ve delillerin ağır kusurlu olarak daha önce ileri sürülmemiş olması şartını öngördüğü için, Avusturya MUK. m. 179 hükmünün uygulama alanını genişletmiştir⁵². Öğreti ve içtihat, 2002 yılı değişikliği ile Avusturya MUK. m. 179 hükmünde öngörülen yeni hak düşümü şartlarının, redaksiyon ile ilgili bir yanlışlık nedeniyle 275/II. maddeye yansıtılmadığı ve bu yüzden yeni kriterlerin 275. madde için de uygulanması gerektiği görüşündedir⁵³. Buna karşılık, Avusturya MUK. m. 179 ile 275/II hükümleri arasındaki uyumsuzluğun redaksiyon hatasından kaynaklandığı yönündeki görüşlerin doğru olmadığı; zira yine 2002 yılı değişikliği ile 275/II. madde hükmüne benzer bir düzenlemenin 460. maddenin 4. bendine eklenmiş olduğu görüşü savunulmaktadır⁵⁴.

Hak düşümüne yol açacak bir diğer düzenleme, Avusturya MUK.'nun 279. maddesinde yer almaktadır. Buna göre; delil ikamesine belirsiz süreli bir engel karşı koymakta ise veya delil ikamesinin uygulanabilirliği şüpheli ise yahut delil ikamesinin yabancı ülkede yapılması gerekli ise⁵⁵, mahkeme karşı tarafın talebi üzerine bir süre tespit etmek zorundadır ki, bu sürenin başarısız geçirilmesinden sonra yine taraflardan birinin talebi üzerine söz konusu delil olmaksızın duruşmaya devam edilir. Görüldüğü üzere, burada belli şartlar altında bir delilin hak düşümüne uğraması söz konusudur. Bu düzenleme davanın yoğunlaştırılmasına hizmet eder ve yargılamanın gecikmesini önlemek için taraflara verilen sayısız enstrümanlardan birini teşkil eder⁵⁶. Ancak belirtelim ki, bu hak düşümü kesin değildir⁵⁷. Avusturya MUK. m. 279/II hükmüne göre; söz konusu delil, yargılamayı geciktirmemek şartıyla devam eden sözlü duruşmada sonradan kullanılabilir.

III-Usuli Hak Düşümü Kurallarının Anayasaya Uygunluğu

Sıkı hak düşümü kuralları sayesinde dava süresinin kısaltılması halinde, hakimnin artık gerçek dava malzemesini araştıramayacak olması nedeniyle,

⁵²Rechberger/Rechberger § 275/3; Fasching/Konecny/Rechberger, § 275/6.

⁵³ Bkz. Rechberger/Fucik, § 179/10; krş. Ballon, s. 89.

⁵⁴ Bkz. Rechberger/Rechberger § 275/3.

⁵⁵ Rechberger/Rechberger § 279/3.

⁵⁶ Rechberger/Rechberger § 279/1, 4; Diexler-Hübner, s. 171.

⁵⁷ Rechberger/Rechberger § 279/2.

maddi adaletin gerçekleştirilemeyeceği söylenebilir⁵⁸; fakat geç ileriye sürülen iddia ve savunma vasıtalarının yargılamaya kabulü halinde, bunun davanın aşırı uzamasına yol açacağı da kuşkusuzdur. Diğer taraftan hızlı yargılama maddi adaletin teminine de hizmet edecektir. İşte davanın hızlandırılması ve adaletin temini hedeflerine birlikte ulaşabilmek için, kanun koyucunun bir yol bulması zorunludur⁵⁹: Hakimin süre tayini yetkisi, tarafları gecikmeden dava yürütümüne teşvik edecektir; genel davayı sevk ödevi de, davanın sürüncemede bırakılmasını önleyecektir; ağır kusur halinde iddia ve savunma vasıtalarının reddedilecek olması, gerçeğin bulunmasını, başka bir ifade ile maddi adaleti sınırlandırabilecek ise de, haklı görülmelidir; çünkü ağır kusurlu bir şekilde usuli davranış, korunmaya değer değildir.

Bazı iddia ve savunma vasıtalarının hak düşümüne uğrayacak olması, tarafı dava malzemesini açıklama imkanından yoksun bırakacaktır. Bu durumun kanuni dinlenme hakkını⁶⁰ ihlal edip etmediği konusu, açıklamaya muhtaçtır. Kanuni dinlenme hakkı gereğince, herkes ilgili bulunduğu davasında vakıa iddialarını ortaya koyma ve bunları ispat için delillerini sunma, yani karar için önemli dava malzemesini (Sachverhalt) açıklama hakkına sahiptir⁶¹. Bu ilke, ileri sürülenlerin en azından potansiyel olay için önemli olma zorunluluğu ile sınırlandırılır⁶². Ayrıca tarafın, karşı tarafın açıklamalarından haberdar olma ve bunlara cevap verme; keza, mahkeme tarafından incelenen vakıalar ve ispat vasıtaları hakkında hüküm verilmeden önce dinlenme hakkı vardır⁶³. Mahkemenin davaya katılanların açıklamalarına önem verme, bunları kararını oluştururken hesaba katma, önemli görülen delilleri ikame etme ve kanuni açıklama sürelerine dikkat etme ödevleri, tarafların bu hakları ile uyum içindedir⁶⁴; hakimin bu ödevi sayesinde tarafların dilekçe vermeleri hakkı bir esas kazanır ve bu surette tarafların açıklamaları hakimin gerçeği aramasını etkileyebilir⁶⁵.

⁵⁸ Krş. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/2 ve 5; Jauerning, s. 114.

⁵⁹ Von Stosch, s. 51-52

⁶⁰ Alman Anayasası m. 103; AİHS. m. 6; Avusturya MUK. m. 177.

⁶¹ AİHS. m. 6; Von Stosch, s. 57; Schwab/Gottwald, s. 50, 52-53.

⁶² Von Stosch, s. 57.

⁶³ AİHS m. 6; Von Stosch, s. 57; Schwab/Gottwald, s. 50, 53-54; MüKo/Pritting, § 296/11.

⁶⁴ Schwab/Gottwald, s. 50.

⁶⁵ Von Stosch, s. 58.

AİHS. m. 6 ve Alman Anayasası m. 103 hükümleri, kanuni dinlenilme hakkının sınırlandırılmasına ilişkin olarak herhangi bir hüküm içermemekte ise de, dava yürütümünde belli sürelerle ve şekle riayet gereği, caiz sınırlamalar olarak kabul edilir⁶⁶. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de, maddi ve şekli hukuktan kaynaklanan sebeplerden dolayı bir tarafın açıklamalarının dikkate alınmadığı hallerde, Anayasanın 103. maddesi hükmünün hiçbir koruma sağlamayacağına ilişkin pek çok karar vermiştir⁶⁷. Anayasa derecesi (Verfassungsrang) ile donatılmış hukuki değerlerin korunması söz konusu olduğunda, kanuni dinlenilme hakkının sınırlandırılması reddedilemez. Bu nitelikteki hukuki değerler olarak, hukuki korumanın etkinliği, yani uygun yargılama sürelerine yönelik emir zikredilir; etkin, gerçek hukuki koruma anlamına gelir⁶⁸. AİHS. m. 6 hükmü gereğince, herkes davasının uygun bir süre içinde dinlenmesi hakkına sahiptir. Alman Anayasası'nda buna ilişkin açık bir hüküm yoksa da, Federal Anayasa Mahkemesi, bu hakkın anayasa derecesinde olduğunu kabul eder⁶⁹. Bu prensip, davanın hızla sonuçlandırılmasında yargılamaya katılan herkesin menfaatinin bulunması ve hukuk güvenliğinin sağlanması ile temellendirilir⁷⁰. Dolayısıyla kanuni dinlenilme hakkı, davanın uzamasına ve etkinliğini yitirmesine sebep olduğu yerde sınırlama bulacaktır; bununla birlikte, kanuni dinlenilme hakkına hızlı bir dava yürütümü amacı ile ağır bir şekilde hanel getirilemez⁷¹. Hak düşümü kuralları, tarafların kanuni dinlenilme hakkına bir sınır teşkil eder ve bu kanuni sınırlama yargılamanın hızlandırılması yararına olarak caizdir⁷². Avusturya MUK. m. 179, 275/II ve Alman MUK. m. 296 hükümleri, tarafların anayasal koruma bulan hukuki değerlerini eşit şekilde gözettikleri için anayasaya uygun düzenlemelerdir⁷³. Usuli hak düşümü hakkındaki bu düzenlemeler, anayasal esaslara uygun işletilmek şartıyla Anayasaya aykırı değildir⁷⁴. Mahkeme hatalı olarak gecikmeye taraflar ile birlikte yol açmamış, özellikle gecikmenin sonuçları

⁶⁶ Von Stosch, s. 59.

⁶⁷ BVerfG NJW 1980, s. 1737; BVerfG NJW 1982, s. 1453; BVerfG NJW 1985, s. 3005. Diğer kararlar için bkz. MüKo/Prütting, § 296/12, dn. 28.

⁶⁸ Von Stosch, s. 59.

⁶⁹ BVerfG NJW 1976, s. 141; BVerfG NJW 1993, s. 1635.

⁷⁰ Bkz. Von Stosch, s. 60.

⁷¹ Von Stosch, s. 61. Krş. Schwab/Gottwald, s. 55-56.

⁷² MüKo/Prütting, § 296/12.

⁷³ Von Stosch, s. 61

⁷⁴ Baumbach/Lauterbach/Hartmann § 296/26.

hakkında tarafları bilgilendirmiş, işaret ödevine (Alman MUK. m. 139) riayet etmiş, süreleri usule ve şekle uygun tayin etmiş ve duruşmaya hazırlık için bütün imkanları kullanmış olmak şartıyla, geç ileri sürülmüş iddia ve savunma vasıtalarını reddedebilir; ancak bu şartlar altında usuli hak düşümü kuralları anayasaya uygundur⁷⁵. Kanuni dinlenme hakkı, dikkate alınması davanın hallini geciktirmeyen geç ileri sürülmüş açıklamaların reddini yasaklamaktadır⁷⁶. Açıklamada bulunmak için yeter derecede fırsata sahip olmasına rağmen, kusurlu olarak bundan yararlanmayan taraf, korunmaya değer değildir; ancak hak düşümüne uğramış tarafa isnat edilebilecek bir davranış söz konusu olmaksızın açıklamaların reddi, AİHS. m. 6 ve Alman Anayasası m. 103 hükümleri ile bağdaştırılamaz⁷⁷. O halde, tarafın kusurlu davranışı, gecikme için tek sebep değilse; hakim de eksik dava yürütümü nedeniyle gecikmeden sorumlu ise, açıklamalar hak düşümüne uğratılamaz. Bu kurallar çerçevesinde kanuni dinlenme hakkının hak düşümü kuralları ile sınırlandırılması hukuk devletinin yargılama düzeni ile uyumludur ve taraflar için orantısız bir yükümlülük teşkil etmez⁷⁸.

Eşitlik ilkesi (Alman Anayasası m. 3; Avusturya Anayasası m. 7) gereği, her iki tarafa aynı şekilde açıklamada bulunma fırsatı verilmesi zorunludur. Böyle bir açıklamayı sonuçsuz kılan hak düşümü kuralları ile şans ve silah eşitliği ilkesi çatışma halindedir⁷⁹. Bununla birlikte, her iki tarafa kanuni dinlenme hakkının sağlanması zorunluluğu, aynı zamanda şans ve silah eşitliği ilkesinin şartlarını da yerine getirir; ancak AİHS. m. 6 ve Alman Anayasası m. 103 hükümlerinin koruması altına girmeyen alanlarda, eşitlik ilkesinin uygulanması gündeme gelebilir.⁸⁰

IV-Usuli Hak Düşümü Kurallarının Konusu

Alman MUK. m. 296 hükmüne göre, usuli hak düşümü kurallarının konusu iddia ve savunma vasıtalarıdır. Alman MUK. m. 282/I hükmü, özellikle iddiaları, itirazları, defileri, ispat vasıtalarını ve ispat defilerini iddia ve savunma

⁷⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 434 (30).

⁷⁶ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/50.

⁷⁷ Von Stosch, s. 61; Schwab/Gottwald, s. 55; MüKo/Prütting § 296 /13; Thomas/Putzo/Reichold § 296/1.

⁷⁸ Von Stosch, s. 61-62.

⁷⁹ Von Stosch, s. 62.

⁸⁰ Von Stosch, s. 63.

vasıtaları olarak nitelendirmiştir. Ancak madde lafzından bu sayımın sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır. İddia vasıtaları, talebi temellendiren ve davalının karşı açıklamalarını veya itirazlarını hükümden düşürmesi gereken her çeşit beyandır; savunma vasıtaları ise, dava veya karşılık davaya karşı koyma amacıyla ileri sürülen her şeydir⁸¹. Buna karşılık, önemsiz veya tartışmasız olan bildirimler, iddia ve savunma vasıtaları olarak sınıflandırılmaz⁸². Hakim, önemsiz olan bildirimleri dikkate almak zorunda olmadığı için, bunların davayı geciktirmesinden bahsedilemez; tartışmasız olan vakialarda ise, iddia ve savunma karakteri eksiktir⁸³. Dolayısıyla önemsiz ve tartışmasız olan bildirimler, hak düşümü etkisine tabi değildirler⁸⁴. Bundan başka, erteleme veya süre uzatımı gibi talepler (Prozessantraege) ve resen dikkate alınan kabul edilebilirlik itirazları da iddia ve savunma vasıtaları kavramına dahil değildir⁸⁵.

Hakim hukuku resen uygulamakla görevli olduğu, tarafların göstermiş oldukları hukuki sebeple bağlı olmadığı için, hukuki açıklamalarda da iddia ve savunma karakteri eksiktir⁸⁶. Bundan başka, tarafların hukuki görüşleri, vakıa açıklamalarının amacını daha anlaşılır hale getireceği ve böylece mahkemeye de yol göstereceği için, hukuki açıklamalar hak düşümüne tabi olmamalıdır⁸⁷.

Delil ikamesinin bizzat kendisi iddia veya savunma vasıtasıdır ve bunun sonucu olarak Alman MUK. m. 296/I hükmüne tabidir⁸⁸. Ancak delil ikamesi, örneğin tanığın adresinin geç bildirilmesinde olduğu gibi, düzeltilebilir bir

⁸¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 401 (10); Baumbach/Lauterbach/Hartmann, Einl. III/70.

⁸² Musielak/Huber § 296/5, 21; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/35.

⁸³ Von Stosch, s. 65.

⁸⁴ Von Stosch, s. 65; Zöllner/Greger § 296/13. Yazar, geç ileri sürülmüş açıklamalar hakkında derhal yargılama imkanı varsa, artık bir gecikmeden söz edilemeyeceğini; tartışmasız açıklamaların da bu nitelikte olduğunu ve hasmın açıklamasına ihtiyaç göstermediğini belirtmektedir.

⁸⁵ Musielak/Huber, § 296/6

⁸⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 438 (47); Musielak/Huber, § 296/6; Zöllner/Greger, § 296/4, § 282/2b; Von Stosch, s. 82. Aksi görüşte: Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 282 /5 ve 15.

⁸⁷ Von Stosch, s. 83.

⁸⁸ Musielak/Huber, § 296/4. İddia ve savunma vasıtalarına delil dilekçeleri, ayrıca ispat vasıtaları ve ispat defileri de dahildir (Baumbach/Lauterbach/Hartmann Einl. III/70).

engele karşı koyacak ise reddedilemez; bu halde Alman MUK.'nun 356. maddesi⁸⁹ uygulanır⁹⁰.

Bizzat iddia ve savunma, iddia ve savunma vasıtası olarak nitelendirilemez⁹¹. Dava ve karşı dava ve kanun yolları dilekçeleri, bir iddiayı somutlaştırdığı için iddia ve savunma vasıtaları değildir. Bu dilekçeler sözlü duruşma bitene kadar caizdir ve Alman MUK. m. 296a'nın sınırlarına tabidir⁹². Hak düşümü kuralları önceden başlamış bir yargılamayı hızlandırması gerektiği ve yeni bir dava konusu ile yeni bir davanın yürütülmesine mani olmaması gerektiği için, dava değişimi (Alman MUK. m. 263 vd.) de iddia vasıtası olarak nitelendirilemez⁹³. Yeni bir talebe dayanan bildirimler de Alman MUK. m. 296 hükmünün sınırlarında ileri sürülmek zorundadır⁹⁴. Bununla birlikte, gecikmiş bir dava değişikliği, Alman MUK. m. 263 anlamında yerindeliği (Sachdienlichkeit) gerçekleştiremeyebilir⁹⁵. Davanın genişletilmesi de öğreti ve içtihatlar göre, iddia vasıtası değildir⁹⁶. İddia gibi savunma da, örneğin davayı ret dilekçesi de hak düşümü kurallarına tabi değildir⁹⁷.

İptal edilebilirlik defii davada ileriye sürülürse, bir savunma vasıtası haline dönüşür; bu ve feshi ihbar, rücu gibi diğer tek taraflı yenilik doğuran hakların zamanında yargılamaya getirilmesi gerekir; geciken açıklamalar usuli hak düşümüne uğratılabilir⁹⁸. Keza takas defii için de aynı esas geçerlidir⁹⁹. Takasın davada ileri sürülmesi bir usuli işlemdir (davalının vakıa iddiası) ve dolayısıyla

⁸⁹ Bu hükme göre; delillerin ikamesine belirsiz süreli bir engel karşı koymakta ise, bir karar (Beschluss) ile süre belirlenebilir ve bu sürenin başarısız geçirilmesinden sonra, mahkemenin serbest takdirine göre bu suretle yargılama geciktirilmezse delil kullanılabilir.

⁹⁰ Zöllner/Greger § 296/4; Musielak/Huber, § 296/4.

⁹¹ Musielak/Huber, § 296/6; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 438 (47); Zöllner/Greger, §282/2a.

⁹² Von Stosch, s. 65-66; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, §282/6.

⁹³ Von Stosch, s. 66; Zöllner / Greger, § 296/4; Musielak / Huber § 296/6; Baumbach / Lauterbach / Hartmann, § 296/29.

⁹⁴ Von Stosch, s. 66.

⁹⁵ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 282/6; Zöllner/Greger, §282/2a.

⁹⁶ Von Stosch, s. 66; Musielak/Huber, § 296/6; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/29.

⁹⁷ Von Stosch, s. 67.

⁹⁸ Von Stosch, s.67-68.

⁹⁹ Von Stosch, s. 68-69; krş. Schreiber, s. 398 vd., Yazar (s. 400), takas defini bir iddia ve savunma vasıtası olarak değil, doğrudan iddia olarak nitelendirmekte ve davada takası henüz gelişmemiş bir karşı dava olarak görmektedir.

savunma vasıtasıdır¹⁰⁰. Usul sözleşmelerine ilişkin defiler bakımından Alman MUK.' nun 296. maddesinin 1 ila 3. fıkraya hükümleri uygulanacaktır: Belli bir usuli durumun sağlanması amacıyla yapılan sözleşmeler, Alman MUK.'nun 296/III hükmüne tabi iken, -zira bu halde sözleşmesel bir dava engeli söz konusudur-; maddi hukuk içerikli sözleşmelerde ise, bu definin geç ileriye sürülmesi, Alman MUK. m. 296/I ve II hükümlerine göre ret sonucunu doğurabilir¹⁰¹.

Avusturya MUK. m. 179'a göre, sadece esasa ilişkin iddialar ve ispat vasıtaları hak düşümüne uğrayabilir. Görüldüğü üzere, bu madde hükmü hem vakıya iddialarını hem de delilleri kapsar. Esasa ilişkin iddialar, hukuken var olan olaylara (Sachverhalt) dayanan her şeydir¹⁰². İleri sürülen talebin unsurlarını içeren veya talebin reddini sağlayan bütün vakıalar karar için önemlidir. Avusturya MUK.'nda 2002 yılında yapılan değişiklikten önce, 179. maddenin vakıya açıklaması ile aynı anda ileri sürülen delil ikamesi talepleri; 275/II hükmünün ise, tarafların eski vakıalarına ilişkin gecikmiş delil ikamesi talepleri hakkında düzenleme içerdiği kabul edilmiştir. Tarafların davayı sevk ödevi nedeniyle, artık bu görüşün savunulamayacağı belirtilmektedir¹⁰³. Buna göre; Avusturya MUK. m. 179 hükmü, yeni esasa ilişkin açıklamalar yapılmaksızın tarafların ilave delil talepleri için de uygulanır. Avusturya MUK.'nun 179. maddesi ile 275/II. maddesinin uygulama alanlarının tespiti için, delil ikamesi talebinin kendinden kaynaklanan sebeplerden veya sadece delilin geç ileri sürülmesinden dolayı geciktirici etki gösterip göstermediğine bakmak gerekir; eğer tarafın delil ikamesi talebi kendi kendine gecikmeye yol açacak ise¹⁰⁴, Avusturya MUK. m. 275/II hükmüne göre ret söz konusu olabilir¹⁰⁵.

Hakimin işaretine rağmen dava dilekçesi esassız (unschlüssig) ise, başka bir inceleme yapmaya gerek kalmaksızın dava reddedilebilir veya cevap dilekçesi temellendirilmemiş ise, davacı tarafından ileriye sürülmüş vakıalar ikrar edilmiş gibi olur; her iki halde de hakimin gecikmiş bildirimden dolayı

¹⁰⁰ MüKo/Prütting, §296/51; Zöllner/Greger, §282/2; Musielak/Foerste, §282/2.

¹⁰¹ Von Stosch, s. 70 vd.

¹⁰² Von Stosch, s. 74; krş. Rechberger/Simotta, s. 266 (449).

¹⁰³ Rechberger/Rechberger § 275/3.

¹⁰⁴ Örneğin bkz. Avusturya MUK. m. 297.

¹⁰⁵ Rechberger/Rechberger § 275/3.

reddi gereksizdir; çünkü bildirimlerin iddia ve savunma karakteri eksiktir¹⁰⁶. Önemsiz bildirimler gibi, taraflar arasında tartışmasız olan bildirimler için de usuli hak düşümü kurallarının uygulanmasına gerek yoktur¹⁰⁷. Alman hukukundaki gibi, iddia ve savunmalar, usuli hak düşümü kurallarına tabi değildir; çünkü hak düşümünün unsurları, iddia ve savunmayı destekleyen materyalin taraflarca zamanında getirilmesini teşvik etmeyi amaçlar¹⁰⁸. Yine iddia gibi, dava değişiminde (Avusturya MUK. m. 235) de hak düşümü kuralları uygulanmaz. Viyana Eyalet Mahkemesi (LGZ) kararı ile¹⁰⁹ maddi hukuka ilişkin bütün inşai haklar, -ki buraya tek başına yapılan (takas gibi) ve yapılamayan bütün savunma vasıtaları dahildir-, Avusturya MUK. m. 179 hükmünün uygulama alanı dışında bırakılmıştır¹¹⁰. Geçerli olan usuli sözleşmelerin yargılama sırasında defî olarak ileriye sürülüp sürülemeyeceği meselesinde tahkim sözleşmesi yol gösterici olabilir. Buna göre, defilerin mutlaka asıl olay hakkındaki duruşmada davaya cevaptan önce ileriye sürülmesi zorunludur; daha sonra açıklamada bulunmak mümkün değildir¹¹¹.

V-Usuli Hak Düşümünün Şartı Olarak Gecikme

1) İddia ve Savunma Vasıtalarının İleri Sürülmesinde Gecikme

Hak düşümüne uğrayacak iddia ve savunma vasıtaları, geç ileriye sürülmüş olanlardır. Gecikme ile kastedilen, tarafın belli süreleri aşarak iddia ve savunma vasıtalarını getirmesidir. Bu da iki şekilde gerçekleşir¹¹²: I-Taraf kanun veya mahkeme tarafından tayin olunan süre içinde açıklamada bulunmazsa, gecikme gerçekleşmiş olur. Süre tayini hakimın davayı sevk ödevinin bir kısmıdır ve tarafların davayı sevk ödevi ile uyumludur; taraf zamanında açıklamada bulunmazsa bu ödevini ihlal eder. II- Taraf dava malzemesini hali hazırdaki dava durumuna göre gerekli olan zamanda davaya getirmezse, yine gecikme

¹⁰⁶ Von Stosch, s. 75.

¹⁰⁷ Bkz. Von Stosch, s. 75-76.

¹⁰⁸ Von Stosch, s. 76.

¹⁰⁹ Bkz. Von Stosch, s. 76, dn. 209.

¹¹⁰ Von Stosch, s.76-77. Yazar, tek başına ileriye sürülebilen savunma vasıtası olan takasın hak düşümü kurallarına tabi olmaksızın ileri sürülmesinin kabul edilebileceği; buna karşın tek başına ileriye sürülemeyen savunma vasıtaları hakkında kuralın uygulanması gerektiği görüşündedir (bkz. s.77-79).

¹¹¹ Von Stosch, s. 81.

¹¹² Kallweit, s. 37; Von Stosch, s. 84.

gerçekleşmiş olur. Bu halde ise, genel davayı sevk ödevi ihlal edilmiş olur. Bu son halde, ne zaman gecikmenin vuku bulunduğunu tespit etmek zordur.

Alman MUK. m. 296/I hükmü, şu süreleri kapsamaktadır: Alman MUK. m. 273/II, b.1 ve 5'e göre; hakim (Vorsitzende), davacı veya davalı tarafa açıklamaya muhtaç belirli noktaların aydınlatılması veya keşif objesi yahut belgelerin ibrazı için süre tayin edebilir¹¹³. Hakimin talep ettiği noktalara ilişkin açıklamalar, süre bittikten sonra yapılırsa artık bunlar reddedilir, usuli hak düşümüne uğrar¹¹⁴. Alman MUK. m. 275/I, c. 1 hükmüne göre; hakim (Vorsitzende), davalıya erken ilk duruşmaya hazırlanması için davaya cevap süresi tayin edebilir. Bu süre, en azından dava dilekçesinin tebliği tarihinden itibaren iki hafta olmak zorundadır¹¹⁵. Bu halde, tayin edilen süre içinde bütün iddia ve savunmaların ileri sürülmesi gereklidir. Buna riayet edilmemesi halinde, hak düşümü etkisinin oluşup oluşmayacağı konusunda, hakim görüş¹¹⁶ şöyle bir ayırım yapmaktadır: Erken ilk duruşma sadece asıl duruşmanın hazırlanmasına hizmet ediyor ise, davanın gecikmesinden söz edilemeyeceği için usuli hak düşümü söz konusu olmaz. Buna karşılık, erken ilk duruşma, asıl duruşma olarak inşa edilmişse, bir hak düşümü düşünülebilir. Alman MUK. m. 275/I hükmü gereğince bir süre tayin edilmemişse veya davalı davaya henüz ya da yeterince cevap vermemişse, mahkeme, erken ilk duruşmada davalıdan belli bir süre içinde davaya cevap vermesini talep eder (Alman MUK. m. 275/III). En azından iki haftalık süre, Alman MUK. m. 275/I, c. 1'deki halde davanın tebliğinden, 275/III'deki halde tefhimden itibaren işlemeye başlar¹¹⁷. Alman MUK. m. 275/IV hükmüne göre; mahkeme¹¹⁸ erken ilk duruşmada veya davaya cevaptan sonra yazılı açıklamada bulunmak üzere davacıya süre tayin edebilir. Hakim erken ilk duruşma yerine yazılı ön yargılamayı seçerse, Alman MUK m.

¹¹³ Alman MUK. m. 273/II, b. 5 hükmünün söz konusu olduğu hallerde, süre tayini bir üçüncü kişiye değil, tarafa yapıldığında 296/I. madde uygulama alanı bulacaktır.

¹¹⁴ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/34; Musielak/Huber, § 296/8.

¹¹⁵ MüKo/Prütting, § 277/11.

¹¹⁶ Zöller/Greger, § 296/5; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/20, 34, 47; Thomas/Putzo/Reichold, § 296/8, 20; Jauerning, s. 113; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 435 (34); Leipold, ZJP 97 (1984), s. 401 vd., 410 ; BVerfG NJW 1985, s. 1149; krş. Musielak/Huber, § 296/19-20. Aksi görüşte: Deubner, NJW 1983, s. 1026 vd. 1030. Yazar erken ilk duruşmada süreyi aşan açıklamaların reddinin Anayasaya (orantılılık ilkesine) aykırı olduğu görüşündedir. Aynı yönde: Deubner, NJW 1987, s. 2736.

¹¹⁷ MüKo/Prütting § 277/11.

¹¹⁸ Duruşma haricinde süre Vorsitzende tarafından tayin edilir (Musielak/Huber, § 296/7).

276/I, c.2'e göre davalıya davaya cevap süresi vermek zorundadır. Bu süre en azından dört haftadır. Alman MUK. m. 276/III hükmünde ise, aynı şey, yazılı ön yargılamada davalının bildirimlerine karşı davacının açıklamaları için söz konusudur. Son olarak, Alman MUK. m. 277 hükmünde, asıl duruşmadan önce davaya cevap ve replik için süre öngörülmektedir.

Davanın sulh yolu ile halledilmesi amacıyla sözlü duruşmadan önce¹¹⁹ yapılacak sulh duruşmasında (Güteverhandlung) (Alman MUK. m. 278), Alman MUK. m. 296/I hükmü uygulanamaz¹²⁰; ancak sulh teşebbüsü başarısız kalırsa, bunu takiben yapılacak sözlü duruşmada, Alman MUK. m. 296/I hükmü yine uygulama alanı bulacaktır; yani tartışmalı ve karar için önemli iseler, sulh duruşmasında görüşülmüş olmasına rağmen, geç ileri sürülmüş açıklamaların reddi gündeme gelecektir¹²¹. Buna karşılık, sulh teşebbüsünün başarısız kalmasından sonra sözlü duruşma için bir tarih tespit edilen hallerde, hakim maddi anlamda davayı sevk ödevi dolayısıyla, Alman MUK. m. 296/I hükmü kural olarak yine devre dışı kalacaktır¹²².

Alman MUK. m. 296/I hükmünün diğer süreler hakkında da uygulanmasına yönelik görüş¹²³, hak düşümü kurallarının istisnai karakterine¹²⁴ uygun düşmez: Zira bu kurallar, maddi adalet aleyhine olarak kanuni dinlenilmeye ağır bir müdahale teşkil eder ve böyle bir müdahale ancak sıkı şartlar altında mümkündür¹²⁵. Bununla birlikte, Alman MUK m. 296/II hükmü çerçevesinde açıklamaların reddedilmesi mümkündür¹²⁶. Çünkü taraflar genel davayı sevk ödevi gereğince davanın sürüncemede kalmasını önlemek için, dava

¹¹⁹ Bkz. Alman MUK. m. 279/I.

¹²⁰ Alman MUK. m. 296/I hükmünün düzenleniş amacı ve sulh duruşmasında mahkemenin bütün hal ve şartları serbestçe değerlendirmek suretiyle hukuki uyumsuzluğu taraflar ile görüşmek zorunda olması (Alman MUK. m. 278/II) bunu gerektirir (Musielak/Huber, § 296/26).

¹²¹ Musielak/Huber, § 296/27.

¹²² Musielak/Huber, § 296/28.

¹²³ Bkz. Mischke, s. 564 -565.

¹²⁴ Bkz. Kallweit, s. 113 vd., 124.

¹²⁵ Musielak / Huber § 296/2; Thomas / Putzo / Reichold, § 296/26; Baumbach / Lauterbach / Hartmann, §296/30; MüKo/Prütting, § 296/14; Von Stosch, s. 85; Aynı yönde: BVerfG NJW 1992, s. 679-680; BVerfG NJW 1993, s. 1319; BGH NJW 1980, s. 343-344.

¹²⁶ Thomas/Putzo/Reichold, §296/26.

durumuna göre bütün gerekli olan şeyleri zamanında bildirmek durumundadırlar¹²⁷.

İddia ve savunma vasıtaları süre geçtikten sonra ileri sürülürse, artık süre kaçırılmış olur. Bununla birlikte, örneğin, Alman MUK. m. 273/II, b. I hükmü gereğince belli bir konuda kendisinden açıklama istenen taraf, genel bir açıklamada bulunmuş ve fakat somut işaret edilen konuyu tamamen görmezlikten gelmişse, yine süre geçirilmiş olur¹²⁸.

Avusturya MUK.'nda da davanın hızlandırılması için öngörölmüş süreler vardır. Ancak yargılamanın değişik kurallara bağlanması nedeniyle, usuli hak düşümü de başka şekilde ortaya çıkmaktadır¹²⁹: Örneğin, davalı davaya cevap süresi içinde açıklamada bulunmazsa, ilk duruşmada tartışmalı hiçbir açıklama hakkında görüşülemeyeceği için, bu gıyap haline eşit tutulur ve Avusturya MUK. m. 179 hükmü değil, 396 ve devamı maddeleri uygulanır. Yani davacının talebi üzerine gıyabı hüküm verilir ve davalı bu hükmü, itiraz, eski hale getirme talebi veya istinaf ile iptal edebilir¹³⁰. Her iki tarafın sözlü duruşma için tespit edilen günde mahkemede hazır bulunmaması, Avusturya MUK. m. 170 hükmüne göre, yargılamanın ertelenmesine (Ruhen des Verfahrens) neden olur¹³¹.

Alman MUK. m. 296/II hükmü gereğince, 282/I ve II maddelerine aykırı olarak zamanında ileri sürülmemiş veya bildirilmemiş iddia ve savunma vasıtaları reddedilebilir. Alman MUK. m. 282/I hükmü, iddia ve savunma vasıtalarının sözlü duruşmada zamanında ileriye sürülmesi zorunluluğunu düzenlemektedir. Bu hüküm, erken ilk duruşmada uygulanamaz¹³². Erken ilk duruşmada usuli hak düşümü etkisi, sadece sözlü duruşmadan önce yargılamanın yoğunlaştırılmasını amaçlayan Alman MUK. m. 282/II hükmü bağlantısı ile 296/II. madde dolayısıyla ortaya çıkar¹³³. Alman MUK. m. 282/II

¹²⁷ Musielak / Huber, § 296/10; Thomas / Putzo / Reichold, § 296/26; Baumbach / Lauterbach / Hartmann, §296/32; Von Stosch, s. 87.

¹²⁸ Zöllner/Greger, § 296/10; Musielak/Huber § 296/12; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/48.

¹²⁹ Von Stosch, s. 88; Rechberger/Rechberger . § 396/1; Rechberger/Simotta, s. 284 (495).

¹³⁰ Rechberger/Rechberger §397a/1, 10-11.

¹³¹ Diğer haller için bkz. Rechberger/Simotta, s. 284 (495).

¹³² Von Stosch, s. 90; Deubner, NJW 1985, s. 1140; Musielak/Huber, § 296/30 (Sulh duruşmasında da bu kural uygulanamaz). Aksi görüşte: Kallweit, s. 129.

¹³³ Von Stosch, s. 90 dn.255; Jauernig, s. 113. Aksi görüşte: Deubner, NJW 1985, s. 1141.

hükmüne göre; karşı tarafın inceleme yapmaksızın açıklamada bulunamayacağı talepler ile iddia ve savunma vasıtalarının sözlü duruşmadan önce hazırlanmış dilekçeler ile zamanında bildirilmeleri¹³⁴ gereklidir.

Avusturya MUK, ilk derece yargılamasında iddia ve savunmaların ileri sürülmesi bakımından, Alman MUK.'nda düzenlenen şekilde herhangi bir sınırlama öngörmemektedir. Bunun sebebi Avusturya hukukunda teksif ilkesinin reddedilmesi ve sözlü yargılamanın teklifinden hareket edilmesidir. Avusturya MUK. m. 179 hükmünde sözlü duruşmanın sonuna kadar bildirim serbestisi vurgulanmıştır. Fakat tarafların açıklamaları bakımından zamansal sınırlara ve dolayısıyla davayı sevk ödevine (Avusturya MUK. m. 178) dikkat etmeleri gereği, davanın gecikmesi halinde hak düşümüne maruz kalabileceklerini düzenleyen 179. maddenin 2. cümlesi hükmünden çıkartılmaktadır¹³⁵. Avusturya Yüksek Mahkemesi (OGH) 2005 yılında verdiği bir kararda¹³⁶, hak düşümü kurallarının ön duruşmada (Vorbereitende Tagsatzung)¹³⁷ uygulanamayacağına karar vermiştir. Yüksek Mahkemeye göre¹³⁸; ön duruşma esasa ve hukuka ilişkin durumu görüşmeye hizmet ettiği için ön duruşmada tarafların tamamlayıcı açıklamalarına ve delil ikamelerine izin verilmelidir; davayı sevk ödevi ilk ön duruşmada uygulanmak gerekir ve fakat açıklamaların ön duruşmanın başında veya sonunda yapılması gecikme açısından herhangi bir fark yaratmaz. Bu karar, tarafa ön duruşma sonuçlanıncaya kadar vakıa açıklamalarını ve delillerini saklı tutma imkanı verdiği; bu suretle davanın sürüncemede bırakılmasına yol açtığı; davayı sevk ödevinin ve hak düşümü kurallarının uygulanma alanını sınırladığı için eleştirilmiştir¹³⁹. Buna göre, Avusturya MUK. m. 179 hükmü yargılamanın her safhasında uygulanabilir ve davayı sevk ödevi yazılı yargılamaya ilişkin safhada da ihlal edilebilir¹⁴⁰.

¹³⁴ Bkz. Alman MUK. m. 132.

¹³⁵ Von Stosch, s. 92.

¹³⁶ Bkz. Annerl, s. 230-231.

¹³⁷ Ön veya hazırlık duruşması, esas itibariyle usuli itirazlar hakkında karar verilmesine; tarafların açıklamada bulunmasına; esasa ve hukuka ilişkin açıklamaların hukuki açıdan da görüşülmesine; sulh teşebbüsünde bulunulmasına ve yargılama programının bildirilmesine ve de diğer delillerin toplanmasına hizmet eder (Bkz. Avusturya MUK. m. 258/I).

¹³⁸ Annerl, s. 230 vd.

¹³⁹ Bkz. Annerl, s. 231 vd.

¹⁴⁰ Annerl, s. 233.

Alman MUK. m. 277/1 ve 282/1 hükümleri gereğince, iddia ve savunmaların, davanın durumuna göre özenli ve yargılamanın ilerlemesini düşünen dava takibine uygun bir zamanda getirilmesi gerekir. Her somut olayda bu gerekliliğin yerine getirilip getirilmediği incelenmelidir¹⁴¹. “Davanın durumuna göre” ibaresi, her türlü ihtimal için itinalı ve tüketici bir şekilde açıklamaların yapılmasının gerekli olmadığını göstermektedir¹⁴². Taraf, karar için önemli olan veya olabilecek herhangi bir suretle akla gelen her şeyi ileri sürmek zorunda değildir; ne var ki, davayı sevk ödevi ve hak düşümü etkisi tarafa iddia ve savunmaların ileri sürülmesinde bir serbesti de vermemektedir¹⁴³. Taraflardan her biri kendi iddia ve savunma vasıtalarını toplu halde getirmek zorundadır; dava dilekçesinde dava sebepleri veya cevap dilekçesinde karşı haklar ile ilgili bir sınırlandırma yapılması caiz değildir¹⁴⁴. Davanın durumu, karşı tarafın önceki beyanları ile somutlaşır¹⁴⁵. Bu beyanlardan, karşı açıklamaların hangi nitelikte olması gerektiği ortaya çıkar. Yargılamanın yürüyen her safhasında taraf, karşı tarafın ileri sürdüğü dava malzemesi hakkında daha çok bilgi sahibi olur ve bu onu davayı sevk ödevi gereğince derhal karşı açıklamada bulunmaya zorlar¹⁴⁶. Tabi ki, hakimin yargılamaya müdahalesi de (Alman MUK. m. 139) açıklamaların kapsamını belirleyen bir diğer etkidir¹⁴⁷. Yargılamanın sevkine yönelik dava takibinin şartları, tarafın sulh mahkemesinde kendisinin dava açtığı haller ile avukatla temsil edildiği haller bakımından farklılık gösterir; bu şartlar ve talepler, avukat ile takip edilmeyen davalarda azaltılır¹⁴⁸. Sulh mahkemesi hakimi, aydınlatma ve işaret ödevi çerçevesinde eksik veya geciken dava takibine tarafların dikkatini çekebilir. Avukat hedeflenen dava başarısına ulaşmak için, tarafın temsilinde en sağlam ve en tehlikesiz yolu gerçekleştirmişse¹⁴⁹, davayı sevk ödevini yerine

¹⁴¹ Von Stosch, s. 94; krş Kallweit, s. 31. Yazara göre, davayı sevk ödevinin somutlaştırılması için içtihatlar yolu ile genel kriterleri geliştirmek mahkemelerin görevidir.

¹⁴² Von Stosch, s. 95, 100.

¹⁴³ Jauerning, 111.

¹⁴⁴ Von Stosch, s. 100. Federal Konseyin istisnai hallerde teker teker iddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülmesine izin vermesi, öğretide farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu görüşler için bkz. Von Stosch, s. 97 vd.

¹⁴⁵ Stein/Jonas/Leipold, § 282/18; Musielak/Foerste, §282/3.

¹⁴⁶ Von Stosch, s. 100.

¹⁴⁷ Von Stosch, s. 101; Musielak/Foerste, §282/3.

¹⁴⁸ Von Stosch, s. 101

¹⁴⁹ Bkz. BGH JZ 1994, s. 524; BGH NJW 1993, s. 2045 vd.; BGH NJW 1991, s. 2080.

getirmiş demektir¹⁵⁰. Avukat, karşı tarafın dilekçesinin caiz olmaması veya esaslandırılmaması nedeniyle reddedilmesi umuduyla kendi açıklamalarını yapmakta ihmalkar davranır veya içerik olarak kısa tutarsa; belli noktalarda esasa ilişkin açıklamaları, o konuda içtihat bulunmamasına rağmen, mahkemenin belli bir hukuki görüşü izleyeceğine güvenerek yapmazsa, davayı sevk ödevine aykırı hareket etmiş olur ve daha sonraki açıklamalar usuli hak düşümü ile karşılaşır¹⁵¹. Buna karşılık, avukatın açıklamalarını kısa tutmasına mahkeme sebep olmuşsa, böyle bir durumda ödevin ihlalinden bahsedilemez ve daha sonraki açıklamalar hak düşümüne uğratılmaz¹⁵².

Alman MUK. m. 282 hükmünün lafzından çıkarılamamakta ise de, davanın başlangıcında, yani dava ve cevap dilekçeleri ile replik ve düplikte de tarafların davayı sevk edici açıklamalarda bulunmaları gereklidir¹⁵³: Alman MUK. m. 253/II hükmünde yazılı hususlardan başka, dava dilekçesinde davacı talebini somut, esasa ilişkin iddialar ile desteklemek, iddia vasıtalarını toplu halde göstermek ve mahkemenin altlama yapabileceği şekilde dava malzemelerini (vakıalar ve delillerini) tam olarak açıklamak zorundadır; davalı da davayı sevk ödevini yerine getirmek için, davacının hangi iddialarına itiraz ettiğini gerekçeleri ve delilleri ile birlikte göstermek, iddia ve savunma vasıtalarını geniş bir şekilde bildirmek zorundadır. Replik ve düplik için de aynı esaslar geçerlidir; taraflardan her biri, karşı tarafın açıklamalarına somut cevaplar vermek zorundadır¹⁵⁴.

Avusturya hukukunda, kural olarak¹⁵⁵ teksif ilkesi geçerli olmadığı için, Avusturya MUK. m. 235'e göre dava değişimi söz konusu olmadığı sürece, sözlü yargılamanın sonuna kadar açıklama yapılabilir veya açıklamalar tamamlanabilir. Ancak süre ve içerik olarak daha önceden ileri sürülebilecek iken getirilmemiş vakıa iddiaları ve deliller reddedilebilir¹⁵⁶. Avusturya MUK. m. 226/I hükmüne göre; dava dilekçesi, talep ile birlikte, davacının hakkını dayandırdığı vakıaları ayrı ayrı kısa ve tam olarak göstermek; keza esasa ilişkin

¹⁵⁰ Von Stosch, s. 102.

¹⁵¹ Von Stosch, s. 103 vd.

¹⁵² Von Stosch, s. 103, 105.

¹⁵³ Von Stosch, s. 107 dn. 315, 107 vd.

¹⁵⁴ Von Stosch, s. 111.

¹⁵⁵ İstisnai haller için bkz. Rechberger, s. 13-15; Rechberger/Fucik, § 179/1; Deixler-Hüber, s. 171.

¹⁵⁶ Von Stosch, s. 111-112, 179. Bkz. Avusturya MUK. m. 179.

iddiaların ispatı için kullanılması amaçlanan delilleri içermek zorundadır. Davanın konusu (Streitgegenstand), talep ve dava sebebi dava dilekçesinin zorunlu içeriğine dahildir¹⁵⁷. İddia olunan vakıaların ispatı için kullanılacak delillerin dava dilekçesinde gösterilmesi ise, tavsiye edici niteliktedir¹⁵⁸. Bu düzenleme şekli, davayı sevk edici öğeler içermektedir¹⁵⁹. Bu hükmün ihlalinde, hakim görüş¹⁶⁰, Avusturya MUK.'nun 84 ve devamı maddelerine göre düzeltme için bir süre verilebileceği yönündedir. Cevap dilekçesinin de Avusturya MUK. m. 239 hükmü gereğince, davalının talebini, itirazlarını ve bunlara ilişkin vakıaları ve delilleri içermesi zorunludur. Ancak bu hükmün ihlalinde Kanunun hiçbir müeyyide öngörmemesi gerekçesiyle, gerek içtihat gerek öğreti neredeyse boş cevap dilekçesi düzenlenmesine izin vermektedir¹⁶¹. Cevap dilekçesi hakkında da Avusturya MUK. m. 84 ve devamı maddeleri uygulama alanı bulacaktır¹⁶². Dilekçedeki eksikliğin (talep sonucu ve vakılarda) yargılamayı geciktirmek amacıyla yapıldığı açıksa, dilekçe derhal reddedilebilir¹⁶³. Cevap dilekçesi verilen ek süre içinde düzeltilmezse, hakim yönetiminde ilk tartışmaya açık duruşmada Avusturya MUK m. 182, 432 hükümlerine göre düzeltmenin yeniden denenmesi gerektiği görüşünü kabul edenler¹⁶⁴ olduğu gibi; talep sonucu ve önemli vakıaların eksikliği halinde dilekçenin reddini öngören yazarlar da vardır¹⁶⁵. Bununla birlikte, 2002 yılında yapılan Kanun değişikliği ile kabul edilen tarafların davayı sevk ödevinin (Avusturya MUK. m. 178/II) sadece sözlü duruşma değil, davaya cevap için de geçerli olduğu; böylece tarafların içerik olarak dolu dilekçeler vermeye teşvik edildiği ve davayı sevk ile tam açıklamada bulunma ödevlerinin (Avusturya MUK. m. 226/I, 239/II) ihlalini önlemek için kanun koyucunun hak düşümü kurallarını (Avusturya MUK. m. 179) kabul ettiği görüşü de savunulmuştur¹⁶⁶. İçerik olarak

¹⁵⁷ Rechberger/Rechberger/Klicka, § 226/2.

¹⁵⁸ Rechberger/Rechberger/Klicka, § 226/9.

¹⁵⁹ Von Stosch, s. 113.

¹⁶⁰ Bkz. Von Stosch, s. 113 dn. 337'de zikredilen yazarlar.

¹⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Von Stosch, s. 113-114; Fasching/Konecny/Mayr, §239/20-25.

¹⁶² Fasching/Konecny/Mayr, §239/23-24; Von Stosch, s. 114.

¹⁶³ Fasching/Konecny/Mayr, §239/23.

¹⁶⁴ Von Stosch, s. 114.

¹⁶⁵ Fasching/Konecny/Mayr, §239/23.

¹⁶⁶ Annerl, s. 234-235.

yetersiz veya eksik cevap dilekçesi ile savaşta, dilekçenin reddi yerine hak düşümü kuralları uygulanmak zorundadır¹⁶⁷.

2) Davanın Gecikmesi

Usuli hak düşümü için, tarafın açıklamasını yaparken belirli süreleri aşmış olması tek başına yeterli değildir; aynı zamanda mahkemenin serbest takdir yetkisine göre bu açıklamaların kabulü, davanın hallini geciktirmelidir (Alman MUK. m. 296/I-II)¹⁶⁸. Alman MUK. m. 296/I hükmüne göre, geciken iddia ve savunma vasıtaları, davanın hallini geciktirmemek şartıyla kabul edilebilir. Alman MUK. m. 296/II hükmüne göre ise, geciken iddia ve savunma vasıtaları kabul halinde davanın hallini geciktirecekse reddedilebilir. Buna karşılık, gecikmiş kabul edilebilirlik itirazının (Alman MUK. m. 296/III) davanın hallini uzatıp uzatmaması önemli değildir.

Ne zaman gecikmenin söz konusu olacağı meselesi, 1976 yılı Kanun değişikliğinin (Vereinfachungsnovelle) yürürlüğünden sonraki ilk bir yıl içinde tartışılmıştır. Esas itibariyle "Gecikme" kavramını açıklayan iki teori ortaya atılmıştır. Bunlardan biri, mutlak (absolute); diğeri ise, izafi (relative)¹⁶⁹ teoridir¹⁷⁰: Mutlak teoriye göre; mahkeme, gecikmiş bildirimlerin kabulü halinde davanın uzayıp uzamayacağını incelemek zorundadır. Mahkemenin geciken açıklamaları reddetmesi halinde, davanın daha erken sonuçlanıp sonuçlanmayacağı karar verici olacaktır. Yeni açıklamalar olmadan hüküm daha erken verilebilecek ise; kabulün, ret haline nazaran yargılamayı uzatacağından şüphe duyulmaz. İzafi teoriye göre; geciken açıklamaların dikkate alınması halinde beklenebilecek dava süresi, açıklamalar zamanında yapılsaydı söz konusu olacak dava süresi ile karşılaştırılır. Mahkeme, açıklamanın zamanında yapılması halinde diğere hale (yani, iddia ve savunma vasıtalarının sonradan kabulü haline) nazaran davanın daha erken bitebileceği sonucuna varırsa, gecikmeden söz edilebilir. Mutlak teoriye karşı yapılan eleştirilerin başında,

¹⁶⁷ Fasching/Konecny/Mayr, §239/24..

¹⁶⁸ Krş. Avusturya MUK. m. 179.

¹⁶⁹ İzafi teori yerine farazi (Hypothetisch), izafi veya sebebe bağlı (kausal) gecikme kavramından da söz edilir (MüKo/Prütting § 296/75, dn. 168).

¹⁷⁰ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/40-42; Musielak/Huber, § 296/13; MüKo/Prütting § 296/74-84; Von Stosch, s. 120. Diğere teoriler için bkz. MüKo/Prütting, § 296/85-87; Kallweit, s. 50 vd; Deubner, NJW 1983, s. 1026-1028, 1030.

davanın haddinden fazla hızlandırılması tehlikesi yer almaktadır¹⁷¹. İzafi teorinin, tarafların zararına olarak, sırf mahkemenin yükünü hafifletmeye hizmet eden bir hak düşümünü önleyeceği görüşü ileri sürülmüştür¹⁷². İzafi teori maddi adalet esasına dayandırılmıştır. Mutlak teori taraftarları eleştiriyi kabul etmekle birlikte, kendi görüşlerinin pratik ve uygulanabilir olduğunu savunmaktadırlar; açıklamaların zamanında yapılması halinde yargılamanın nasıl yürüyeceğini, fiilen tespit etmek mümkün değildir¹⁷³; bir ölçüde güvenilir sonuca ulaşmayı, pek çok faktör etkiler ve mahkemenin bu yöndeki incelemesi çok zaman alır. Mutlak teori, Federal Yüksek Mahkeme (BGH) tarafından da benimsenen teoridir¹⁷⁴. Buna göre, gecikmiş açıklamanın kabulü bir diğer sözlü duruşmayı gerektirecek iken, böyle bir açıklamanın reddi davayı derhal karar verilebilecek duruma getirmekte ise, gecikme kabul edilebilir. Federal Anayasa Mahkemesi 1987 yılında verdiği bir kararda¹⁷⁵, mutlak teoriden ayrılmak için hiçbir neden bulunmadığını vurguladıktan sonra, bu teorinin Anayasaya uygun olduğunu ve fakat zamanında yapılan açıklamada da aynı gecikmenin ortaya çıkacağı ek bir düşünceye (incelemeye) gerek kalmadan kabul edilen hallerde, davanın haddinden fazla hızlandırılmasının anayasa hukuku bakımından katlanılmaz olacağını belirtmiştir. Dolayısıyla böyle bir durumda artık usuli hak düşümü kuralları uygulanamayacaktır. Federal Anayasa Mahkemesinin bu kararı, mutlak ve izafi teoriye bağdaştıran bir çözüm (ortayol) olarak görülmüştür¹⁷⁶.

Esasen gecikme, dava (Rechtsstreit) nihai karar verilecek olgunlukta ise (Endurteil) (Alman MUK. m. 300), söz konusu olabilir¹⁷⁷. Yani gecikmiş açıklamaların kabulü yüzünden davanın halli bir bütün olarak (toptan) gecikecek olmalıdır¹⁷⁸. Başka bir anlatımla, gecikmiş bildirimlerin kabulü veya reddi halinde, dava zaten karar verilecek olgunlukta değil ise, gecikmeden

¹⁷¹ Kallweit, s. 44 vd. Ayrıntılı bilgi için bkz. Von Stosch, s. 121-123.

¹⁷² Leipold, ZJP 93 (1980), s. 249 vd.; Von Stosch, s. 122.

¹⁷³ Musielak/Huber, § 296/13; MüKo/Prütting, § 296/77, 84.

¹⁷⁴ BGH NJW 1989, s. 719-720; BGH NJW 1979, s. 1988; BGH NJW 1980, s. 945-948; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/41.

¹⁷⁵ BVerfG, NJW 1987, s. 2733.

¹⁷⁶ Zöller/Greger § 296/22; Leipold, JZ 1988, s. 93 vd.; Von Stosch, s. 119, 125-126. Krş. MüKo/Prütting, § 296/78, 82. Yazar mutlak teorinin Federal Anayasa Mahkemesinin kararı dikkate alınarak uygulanmak zorunda olduğu; bu kararın nedensellik bağına ilişkin bulunduğunu görüşündedir.

¹⁷⁷ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/46; Kallweit, s. 60 vd., 64.

¹⁷⁸ Thomas/Putzo/Reichold, § 296/15.

bahsedilemez¹⁷⁹. Hak düşümü kuralları, davanın bir bütün olarak karar verilecek olgunlukta bulunması şartı ile uygulanabilir. Bununla birlikte, geç ileri sürülen açıklamalar dava sebebine ilişkin olduğu takdirde, yine bir gecikme söz konusu olabilir¹⁸⁰ ve gecikmiş açıklamalar sebep hakkındaki ara hükümde (Grundurteil) (Alman MUK. m. 304) reddedilebilir¹⁸¹. İddia ve savunma vasıtalarının, bir kısmı hüküm nedeniyle reddi ise caiz değildir¹⁸². Delil ikamesinin gecikmeden devamı mümkün ise, örneğin geç bildirilmiş tanık mahkemeye getirilmişse veya mahkemede hazır bulunan bilirkişiye şimdiye kadar tartışılmamış eksikliklere ilişkin soru sorulması gerekmekte ise, gecikmeden söz edilemez; fakat bu açıklamaların kabulü, yeni bir duruşmayı zorunlu kılıyorsa, örneğin hazır olmayan karşı tanığın dinlenmesi gerekli ise veya bilirkişi soruları yeni bir inceleme yapmadan cevaplandıramazsa, bu durum davanın gecikmesine yol açar¹⁸³.

Avusturya MUK. m. 179 hükmünde geçen “önemli gecikme” kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda içtihat ve öğretide yeterli açıklamalar bulunmamakla birlikte, Yüksek Mahkeme bir kararında, davalı sigorta şirketinin, duruşmanın başlamasından dokuz ay sonra ilk defa edimini yerine getirmekten muaf olduğu savunmasında bulunmasını, “önemli gecikme” olarak kabul etmiştir¹⁸⁴. Uygulamanın farazi gecikme kavramına meyilli olduğu söylenebilir¹⁸⁵: Geç ileri sürülmüş açıklamaların kabulü halinde yargılama daha uzun sürecek ise, gecikme kabul edilebilir; ancak bu tek başına yeterli değildir; geç ileriye sürülmüş açıklamalar, zamanında yapılmış olsaydı da, dava gecikme halinde olduğu gibi uzun sürecek ise, artık usuli hak düşümü etkisi oluşmaz¹⁸⁶. Burada gerçek ve farazi dava süresinin karşılaştırılması karar verici olacaktır. Alman MUK.’a göre kısa süreli bir zaman ertelemesi, gecikme olarak görülebilecek iken, Avusturya MUK. m 179 hükmü daha fazlasını

¹⁷⁹ Musielak/Huber, § 296/21.

¹⁸⁰ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/46.

¹⁸¹ Musielak/Huber § 296/21; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/46; BGH NJW 1980, s. 2355-2356; Aksi görüşte: Kallweit, s. 63-64, 65.

¹⁸² BGH NJW 1980, s. 2355; Kallweit, s. 62 vd., 65; Musielak/Huber § 296/21; Thomas/Putzo/Reichold, §296/20; Schneider, s. 288. Aksi görüşte: Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/49; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 435 (33).

¹⁸³ Musielak/Huber § 296/22; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 435 (33).

¹⁸⁴ Bkz. Von Stosch, s. 126 vd.

¹⁸⁵ Bkz. Von Stosch, s. 179.

¹⁸⁶ Krş. Rechberger/Fucik § 179/5.

öngörmektedir¹⁸⁷. Geç açıklamada bulunan taraf gerçi başka deliller göstermemekte ve fakat karşı tarafın açıklamasına ve delil ikame etmesine yol açmakta ise, yine gecikme meydana gelebilir¹⁸⁸. Davacı veya davalının yeni açıklamaları ek bir duruşmayı gerektiren yeni delil ikamesine yol açıyorsa ve bu durum ilk derecede delil ikamesinin sona erdirilmesi zamanını önemli ölçüde geciktiriyorsa, davanın gecikmesinden söz edilir¹⁸⁹.

3)Nedensellik Bağı

Taraflarca davayı sevk ödevinin ihlali, gecikmenin hiç veya kısmen sebebi değilse, bu takdirde usuli hak düşümü caiz değildir; isnat edilebilme kriteri gereğince hak düşümü, yargılamanın gecikmesine sadece taraf davranışının neden olduğu haller ile sınırlıdır¹⁹⁰. Açıklamaların gecikmesi ile davanın gecikmesi arasında bir nedensellik bağı (sebe-sonuç ilişkisi) mevcut olmak zorundadır¹⁹¹. Şayet gecikme hakimın hatalı bir davranışına dayanıyorsa, artık açıklamalar reddedilemez¹⁹². Örneğin mahkeme davaya cevap süresini çok kısa tayin etmişse, gecikme sadece tarafın hatasına dayanmaz. Bu halde, hak düşümü kurallarının işletilmesi haklı görülemez; tarafa iddia ve savunmada bulunma hakkı verilmemesi, AİHS. m. 6 ve Alman Anayasası m. 103 hükümlerinin ihhalidir¹⁹³. Avusturya MUK. m. 179 ve Alman MUK. m. 296/1 hükümlerine göre de, gecikme için tek sebep, tarafın geç açıklamaları olmak zorundadır; bu illiyet eksikse, usuli hak düşümü söz konusu olamaz¹⁹⁴.

Hakimin davayı sevk ödevini yerine getirmemesi, nedensellik bağını ortadan kaldıracığı ve gecikmiş açıklamaların reddini önleyeceği için, bu husus, yazılı olmayan bir şart olarak kabul edilmektedir¹⁹⁵. Bu bağlamda, hakimın maddi ve şekli anlamda davayı sevk ödevi üzerinde kısaca durmak gerekir; zira,

¹⁸⁷ Von Stosch, s. 127.

¹⁸⁸ Rechberger/Fucik, § 179/5.

¹⁸⁹ Ballon, s. 88.

¹⁹⁰ Von Stosch, s. 128; MüKo/Prütting § 296/83. Aynı yönde: BVerfG NJW 1987, s. 2733; BVerfG NJW 1989, s. 706.

¹⁹¹ Thomas/Putzo/Reichold, § 296/12.

¹⁹² MüKo/Prütting, § 296/15; Jaueming, s. 115.

¹⁹³ Von Stosch, s. 129; krş. Zöllner/Greger, § 296/2 ve 3.

¹⁹⁴ Von Stosch, s. 129; Musielak/Huber, § 296/17; Thomas/Putzo/Reichold, §296/12.

¹⁹⁵ Bkz. Kallweit, s. 73 vd., 76.

bu ödevin içerik ve kapsamından hareketle, hak düşümü kurallarının işletilmesini önleyen haller gösterilebilir.

a) Maddi Anlamda Davayı Sevk Ödevi

Avusturya MUK.'nda 1895 yılından beri yer alan maddi davayı sevk ödevleri, sosyal medeni usul hukukunun merkezi kısmını oluşturur. Mahkemenin bu faaliyeti, esaslı surette yargılamanın ve gerçeğe uygun karar verilmesinin garantisidir¹⁹⁶. Böylece davanın hızlandırılması sadece tarafların sırtına yüklenmemiştir; hakim de buna katkıda bulunmak zorundadır¹⁹⁷. Yani burada mahkeme ile taraflar arasında bir işbirliği söz konusudur¹⁹⁸. Hakim ve taraflar ancak birlikte ödevlerini yerine getirmek suretiyle, maddi adaletin sağlanması şartı altında yargılamayı hızlandırırlar; aksi halde, hak düşümü kuralları sayesinde kazanılan zaman avantajı, hakimün süruncemede bırakması nedeniyle kaybedilir¹⁹⁹. Mahkemenin davayı sevk ödevi, tarafların doğruluk ödevi ile tamamlanır (Avusturya MUK. m. 178, Alman MUK. m. 138/I). Ancak bütün bu ödevler birlikte, maddi bakımdan doğru (adil, haklı) hükmü garanti edebilir. Bu ödevler, Avusturya MUK.'nun işbirliğine dayanan bütün sistemini tesis eder ki, bu sistem bir çok kanun değişikliği ile Alman MUK'na da entegre edilmiştir; her iki medeni usul kanunu artık taraflar ve mahkeme arasında işbirliğinin gerekliliğinden hareket eder²⁰⁰. Diğer taraftan hakimün ödevleri, sosyal bir fonksiyonu yerine getirir; çünkü bu ödevler sayesinde mahkeme önünde şans ve silah eşitliği ilkesi yerine getirilir²⁰¹.

Maddi davayı sevk ödevi, dava malzemesinin toplanmasını, düzenlenmesini ve tamamlanmasını amaçlar²⁰². Avusturya MUK. m. 182 hükmü, ki Alman MUK.'nun 139. maddesine esas itibariyle uygun bir düzenleme içermektedir, mahkeme ve taraflar arasındaki fikir teatisi yoluyla, dava konusunun (Sachverhalt) kapsamlı bir şekilde yeniden yapılandırılması ve

¹⁹⁶ Fasching, s. 414 (781).

¹⁹⁷ Jaucmring, s. 115; Von Stosch, s. 131.

¹⁹⁸ Zöllner/Greger, § 139/1; Schilken, s. 61.

¹⁹⁹ Von Stosch, s. 131.

²⁰⁰ Von Stosch, s. 131; Bettermann, s. 391; krş. Schilken, s. 62; Leipold, ZZP 93 (1980), s. 263-265. Yazar (s. 265), tarafların davayı sevk ödevi ve hak düşümü kurallarının hukuk ve sosyal devlet anlayışını hedefleyen bir medeni usul hukukunun inşasında taşıyıcı bir fonksiyon üstlenmeye uygun olmadığı görüşündedir.

²⁰¹ Von Stosch, s. 131-132.

²⁰² Von Stosch, s. 132; Fasching, s. 412-413 (779); krş. Rechberger/Simotta, s. 263 (441).

hukuki görünüşlerin ortaya çıkartılmasını öngörmektedir. Maddi anlamda davayı sevk ödevi, mahkemenin, uyuşmazlık konusunu (Sach- und Streitverhaeltnis) gerekli olduğu takdirde, esas ve hukuki yönden taraflar ile görüşmesini ve sorular yöneltmesini; tarafları zamanında ve tam olarak bütün önemli vakıalar hakkında açıklamada bulunmaya ve özellikle ileri sürülen vakıalar için yetersiz bilgileri tamamlamaya, delilleri göstermeye ve olayın aydınlatılmasına hizmet eden dilekçeler sunmaya teşvik etmesini kapsamaktadır (Alman MUK. m. 139/I)²⁰³. Alman MUK. m. 139/II hükmü, hukuki nitelendirme bakımından da maddi anlamda davayı sevk ödevini düzenlemektedir: Buna göre; mahkeme, bir yan talebe ilişkin olmadığı sürece, taraflardan birinin açıkca gözden kaçırdığı veya önemsiz saydığı bir bakış açısına dayanarak karar vermek isterse, daha önceden buna işaret etmek ve tarafa açıklamada bulunmak için fırsat tanımak zorundadır. Mahkemenin her iki taraftan değişik karar vereceği bakış açısı için de, aynı şey geçerlidir. Mahkeme kararını dayandırmak istediği hukuki görüşünü taraflara önceden bildirmelidir. Buna karşılık, Avusturya hukukunda hakimin böyle bir işaret ödevinin bulunup bulunmadığı meselesi, 2002 yılında yapılan Kanun değişikliğinden önce tartışmalı iken²⁰⁴, Kanuna eklenen 182a maddesi ile bu konu açık bir şekilde düzenlenmiştir. Böylece sürpriz karar verme yasağı, kapsamı genişletilerek kanuni dayanağa kavuşturulmuştur²⁰⁵. Belirtelim ki, sürpriz karar verme yasağı 2002 yılında yapılan Kanun değişikliğinden önce Alman MUK.'nun 278/III. maddesinde düzenlenmişti; bu değişiklikten sonra, yasak kapsamı genişletilerek (hukuki ve esasa ilişkin bakış açıları ile tarafların ortak bakış açılarından sapmanın söz konusu olduğu haller) 139. madde içine alınmıştır²⁰⁶. Alman MUK. m. 139/III hükmü ise, mahkemece resen dikkate alınması zorunlu hususlar bakımından mevcut şüpheli hallere işaret edilmesini öngörmektedir²⁰⁷. Alman MUK.'nun 139. maddesinin 4 ve 5. fıkra hükümleri ise hakimin bu ödevini nasıl yerine getireceğine ilişkin hükümler içermektedir. Buna göre, hakim madde kapsamına giren hususlara mümkün olduğunca erken işaret etmeli ve bir tutanak düzenlemelidir. Tarafın derhal açıklamada bulunacak durumda olmadığı hallerde, mahkeme, talep üzerine açıklamaları bir dilekçede yapabilmesi için tarafa süre vermelidir.

²⁰³ Krş. Avusturya MUK. m. 182/I, III.

²⁰⁴ Bkz. Von Stosch, s. 134.

²⁰⁵ Bkz. Rechberger/Fucik, § 182a/1-2; Rechberger/Simotta, s. 264-265 (442/1).

²⁰⁶ Ventsch, s. 173; Musielak/Stadler, § 139/2.

²⁰⁷ Krş. Avusturya MUK. m. 182/II.

Alman MUK.'nun 139 ve Avusturya MUK.'nun 182. maddelerinin emredici nitelikte olduğu kabul edilir; yani yardım, mahkemenin takdirinde değildir²⁰⁸. Mahkeme, şekil ve içerik bakımından hatalı dilekçelerin düzeltilmesinde taraflara yardım etmek zorundadır²⁰⁹. Tek şart, açıklamaların hedefi yeterince belirlenebilir olmalı ve yardım, dilekçelerin nitelik ve nicel (miktar) bakımdan değişmesi ile sonuçlanmamalıdır²¹⁰. Nihayet hakim in sevk ödevi iddia edilen hak çerçevesinde kalmalı ve dava konusunun değişimine neden olmamalıdır²¹¹. Bazı vakıalar üstü örtülü veya sadece açık değilse, bunları tamamlayacak şekilde somutlaştırmaya işaret etmek gereklidir²¹². Hatalı veya açıkça gözden kaçırılan delil ikamesi taleplerine dikkat çekilmelidir²¹³. Hakim in bu işareti, somut olmalıdır; genel ve bir bütün olarak bazı hususlara işaret edilmesi yeterli değildir²¹⁴. Buna karşılık, başarısız ispattan veya karşı tarafın başarılı ispat faaliyetinden sonra, ilgili tarafı yeni delil ikamesine teşvik, bu ödevin kanuni sınırlarını aşacaktır²¹⁵. Keza bir defa vakiasına ilişkin olarak hiçbir belirti yok ise, davalının Alman MUK. m. 139 ve Avusturya MUK. m. 182 çerçevesinde dikkatini çekmek mümkün değildir. Ancak daha sonradan tarafın açıklamasına neden olacak eksik bildirimlere işaret edilebilir ve bununla ilgili olarak delil toplanması caizdir²¹⁶. Mahkeme, Alman MUK. m. 139/1 hükmünün öngördüğü maddi sevk ödevini yerine getirirken, taraf açıklamaları çerçevesinde hareket etmek zorundadır²¹⁷. Avusturya hukukunda da, hakim, tarafın iddia etmediği bir husus hakkında vakıaları araştırma yetkisine sahip değildir²¹⁸. Hakim in maddi bakımdan davayı sevk ödevi, avukat ile temsil zorunluluğu bulunan davalarda da uygulanacaktır. Avusturya MUK. m. 182, 182a ve Alman MUK. m. 139 hükümlerine Kanunun genel yargılama kuralları

²⁰⁸ Fasching, s. 413 (779); Ventsch, s.79 vd., 81

²⁰⁹ Ventsch, s. 136.

²¹⁰ Von Stosch, s. 132; krş Ventsch, s. 137 vd.

²¹¹ Bkz. Ventsch, s. 112-113, 114 vd., 131.

²¹² Von Stosch, s. 132.

²¹³ Von Stosch, s. 132-133; Ventsch, s. 143-144.

²¹⁴ Zöllner/Greger, § 139/12; BGH NJW 1999, s. 1264.

²¹⁵ Von Stosch, s. 133; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/19; Rechberger/Fucik, § 182/1; Ventsch, s. 146.

²¹⁶ Von Stosch, s. 133.

²¹⁷ Ventsch, s. 156-157; Greger/Zöllner, §139/3; Schilken, s. 62.

²¹⁸ Rechberger, s. 6. Fakat bu hal dışında, dava malzemesinin toplanmasında hakim in yetkileri bakımından yumuşatılmış araştırma ilkesinden bahsedilmektedir.

arasında yer verilmiş olması ve özellikle Avusturya MUK m. 182 hükmünde, 432. maddede olduğu gibi bir ayırım yapılmamış olması, bu konuda hiçbir şüpheye yer bırakmamaktadır²¹⁹. Ancak hakimın maddi bakımdan davayı sevk ödevi, tarafın yürüttüğü davalarda genişletilmiştir²²⁰. Bu husus, Avusturya MUK. m. 432, 435 hükümlerinde açıkça düzenlenmiştir. Alman hukukunda ise, içtihatlar yolu ile avukat ile temsil zorunluluğu bulunan davalarda hakimın işaret ödevinin kapsamının sınırlandırılabilceği kabul edilmiştir²²¹. Bu bağlamda, hakim, bir davranış şeklinin davanın gidişatı için ne anlama geldiği hakkında tarafı bilgilendirmek zorundadır; bu yol gösterme ve bilgilendirme ödevi, davanın içeriğine, iddia ve ispat yüküne ve de yokluk (ihmal) hallerine işareti kapsar²²². Bu ödevin yerine getirilmesine, Avusturya MUK. m. 183 ve Alman MUK. m. 273 hükmündeki enstrümanlar yardımcı olacaktır.

b)Şekli Anlamda Davayı Sevk Ödevi

Şekli anlamda davayı sevk, davanın yürütümüne, yani duruşma gününün tespiti, davet, tebligat, süre uzatımı gibi yargılamanın seyrine ilişkin mahkeme usul işlemlerini kapsar²²³. Alman MUK. m. 296 hükmünün uygulanabilmesi için, mahkeme etkin ve usulüne uygun şekilde süreleri tayin etmek zorundadır²²⁴; Süreyi tayin eden hakimın yetkili olması ve şekli şartları (imza gibi) yerine getirmesi gereklidir. Hakimın davayı şekli bakımdan sevk ödevi, kanunda belirtilen hallerde (Örneğin, Avusturya MUK. m. 131/II, Alman MUK. m. 277/II) tarafın süreye uymaması durumunda ortaya çıkacak sonuçlar hakkında bilgilendirilmesini (ihtar) gerektirir²²⁵. Taraflar ve mahkeme açısından sürenin başlangıcı ve bitimi hakkında tam bir kesinlik sağlanmalıdır ve bu amaçla süre tayinine ilişkin kararın usulüne uygun bir şekilde tebliği şarttır²²⁶. Hakimın tayin ettiği süre, hal ve şartlara uygun olmalıdır; sürenin uygun olup

²¹⁹ Von Stosch, s. 134; Rechberger/Fucik, § 182/1.

²²⁰ Bkz. Rechberger/Simotta, s. 264 (442); Fasching, s. 414-415 (782).

²²¹ Zöllner/Greger, § 139/ 2, 12; Musielak/Stadler, § 139/6.

²²² Von Stosch, s. 135.

²²³ Rechberger/Simotta, s. 263 (441). Ayrıca bkz. Schilken, s. 51-53.

²²⁴ Musielak/Huber, § 296/11; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/ 24, 33; Thomas/Putzo/Reichold § 296/30; Jauernig, s. 110; Schneider, s. 288.

²²⁵ Zöllner/Greger, § 296/9c; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/19; Thomas/Putzo/Reichold, § 296/31. Ayrıntılı bilgi için bkz. Von Stosch, s. 136-138.

²²⁶ Von Stosch, s. 138; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/25, 33; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 433-434 (29).

olmadığı şüpheli ise, süreyi ihlal eden taraf lehine bir hak düşümü ortaya çıkmamalıdır²²⁷. Mahkeme belirsiz veya kanuni dinlenilme hakkının ihlaline yol açacak şekilde kısa süre tayin edemez²²⁸. Hak düşümü kuralları, süre aşımı halinde, artık iddia ve savunma vasıtalarının dikkate alınmamasını gerektirir. Ancak böyle ağır bir müeyyidenin haklı görülebilmesi için, tarafa kanunen itiraz kabul etmez bir şekilde usule ve şekle uygun süre tayin edilmiş olması şarttır²²⁹. Mahkeme, süre aşımının sonuçları hakkında hukuken hatalı olarak tarafı bilgilendirmezse veya davet (talep) şekli eksiklik içeriyorsa, taraf gecikmede tek sorumlu olmadığı için, korunmaya muhtaçtır²³⁰; gecikmiş açıklamalar süre aşımından dolayı reddedilemez²³¹.

Hakim maddi ve şekli anlamda davayı sevk ödevini yerine getirmemesi nedeniyle gecikmeye tarafla birlikte sebep olmuşsa, usuli hak düşümü kuralının uygulanması hakkın kötüye kullanımı teşkil eder²³². Hak düşümü kurallarının istisnai karakteri, bu etkinin sadece tarafın davranışına dayanan gecikme nedeniyle ortaya çıkmasını gerektirir²³³. Kanun hem mahkemeyi hem de tarafları davayı teşvik ile yükümlü kıldığı için, mahkeme, taraf davranışına dayanan gecikmeyi makul bir tedbir ile önleyebilir. Ancak mahkemenin genel bir hak düşümünü önleme ödevi söz konusu değildir²³⁴. Şayet gecikme duruşmaya hazırlık sırasında makul bir tedbir ile önlenilecek ise veya bu hatalı olarak ihmal edilmişse, mahkeme geç ileri sürülen açıklamaları kabul etmek zorundadır²³⁵. Sözlü duruşmada yersiz zaman kaybına yol açmaksızın aydınlatılacak basit ve açıkça sınırlanabilir tartışmalı meseleler söz konusu ise, mahkemeden tedbirler alması beklenebilir²³⁶. Belirtelim ki, mahkeme aşırı bir çaba göstermesi gerekmeyen hallerde, gecikme sonuçlarını önlemek ile

²²⁷ BGH NJW 1994, s. 736.

²²⁸ Bkz. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/20.

²²⁹ Von Stosch, s. 139; Schneider, 288; Zöllner/Greger, § 296/9-9d.

²³⁰ Von Stosch, s. 139; Schneider, s. 289.

²³¹ Thomas/Putzo/Reichold, § 296/32.

²³² Musielak/Huber, § 296/15; Von Stosch, s. 136.

²³³ Von Stosch, s. 136.

²³⁴ Von Stosch, s. 140.

²³⁵ Musielak/Huber, § 296/15; BVerfG NJW 1990, s. 2373-2374; BVerfG NJW RR 1995, s. 377 vd.; BGH NJW 1999, s. 585.

²³⁶ Thomas/Putzo/Reichold, § 296/9; Musielak/Huber, § 296/15.

yükümlüdür²³⁷. Mahkemenin uygun bir tedbir (Alman MUK. m. 139/IV, 273) ile gecikmeyi önleyebileceği hallerde, artık Alman MUK. m. 296 anlamında yargılamanın gecikmesinden söz edilemez²³⁸.

Alman MUK. m. 283 hükmüne göre, önceden bilgisi olmadığı için karşı tarafın açıklamaları hakkında sözlü duruşmada savunmada bulunamamış olan tarafa, talep üzerine o konu hakkında dilekçe vermesi için ek süre tanınabilir ve aynı zamanda kararın tefhimi için bir gün tayin edilebilir. Alman MUK. m. 283 hükmü gereği verilen dilekçeye karşı yapılan açıklamalar nedeniyle kararın tefhimi artık mümkün değilse ve bir erteleme gerekli ise, gecikmiş açıklama hak düşümüne uğratabilir²³⁹.

Tarafın zamanında veya geç açıklamada bulunmuş olup olmamasından bağımsız olarak, dava sürecini etkileyen gecikmelerde de nedensellik bağı eksiktir²⁴⁰: Örneğin, adı geç verilmiş ve fakat usulüne uygun ve zamanında davet edilmiş tanık, mahkemeye gelmezse, bu hal söz konusudur.

VI-USULİ HAK DÜŞÜMÜNÜN BİR DİĞER ŞARTI: KUSUR

Tarafın geciken açıklamalarının reddi için, bu gecikmenin kusura dayalı olması gerekir. Alman MUK.'nun 296. maddesinin 1. fıkrasına göre, sürenin geçirilmesinde hak düşümü için hafif kusur yeterli iken, 2. fıkrada genel davayı sevk ödevinin ihlali halinde ağır kusur talep edilmiştir²⁴¹. Bu düzenlemenin sebebi, ilk fıkradaki halde, tarafın açıklamada bulunmak zorunda olduğu süreyi kesin bir şekilde bilmesidir; ikinci fıkrada ise, böyle bir kesinlik söz konusu değildir, yalnız açıklamaların yapılmak zorunda olduğu yargılama safhaları belirtilmiş durumdadır (Bkz. Alman MUK. m. 282/I, II)²⁴². Yani açıklamaların yapılacağı anın her zaman açık bir şekilde bilinemeyecek olması, kusurun ağırlaştırılmasını gerektirmiştir. Alman MUK. m. 296/III'deki halde ise, 1. fıkradaki gibi hafif kusur yeterlidir²⁴³. Avukatlarda kusur ölçütü olarak, taraflardaki gibi sadece süre aşımı değil, ayrıca açıklamaların içerik bakımından

²³⁷ Von Stosch, s. 141; Musielak/Huber, § 296/28.

²³⁸ Zöllner/Greger, § 296/14a

²³⁹ Von Stosch, s. 142.

²⁴⁰ Musielak/Huber, § 296/18.

²⁴¹ Zöllner/Greger, § 296/23; Musielak/Huber, § 296/24; Von Stosch, s. 44.

²⁴² Von Stosch, s. 144.

²⁴³ Zöllner/Greger, § 296/29.

kapsamı da göz önünde bulundurulur²⁴⁴. Avukatın özen ödevi taraftan daha sıkı şartlara bağlıdır²⁴⁵.

Alman MUK. m. 296/I ve III hükümlerinde hafif kusurun varlığından hareket edilir iken, 2. fıkrada ağır kusur karine olarak kabul edilmiş değildir²⁴⁶. Hafif kusur, Alman MUK. m. 296/I ve III hükümlerine göre tarafın yeterli özrü halinde dikkate alınmaz²⁴⁷. Taraf, iddia ve savunma vasıtalarının geç ileri sürülmesinde kusuru bulunmadığına ilişkin vakıaları iddia yükü altındadır²⁴⁸. Taraf ya derhal, yani geciken açıklamalarını içeren dilekçesinde ya da en geç ilk sözlü duruşmada özrünü bildirebilir²⁴⁹. Bu özür, mahkemenin talebi üzerine gerçeğe yakın gösterilmelidir (Alman MUK. m. 296/IV). Özür haklı görülürse, geç ileriye sürülmüş iddia ve savunma vasıtaları gecikmeye rağmen kabul edilmek zorundadır²⁵⁰. Burada objektif bir üçüncü kişinin bu davada nasıl hareket edeceğine bakılmaz; somut dava bakımından o taraftan beklenebilecek davranış şekli esas alınır ve buna göre tarafın kusurlu olup olmadığına karar verilir. Tarafın şahsi yetenekleri göz önünde bulundurulur²⁵¹. Alman MUK. m. 296/II hükmü, geç ileri sürülen iddia ve savunmaların reddi için gecikmenin ağır kusura dayanmasını öngörmektedir ki, taraf davayı sevk ödevini ağır bir şekilde ihlal ederse, bu şart gerçekleşmiş olur²⁵². Taraf, herkesten beklenen usuli özeni ihlal etmiş olmalıdır²⁵³. Buna karşılık, Kanun sürüncemede bırakma kastı aramamaktadır²⁵⁴. Ağır kusur tespit edilemezse, geç ileriye sürülmüş iddia ve savunma vasıtaları gecikmeye rağmen kabul edilmelidir²⁵⁵.

²⁴⁴ Von Stosch, s. 144-145.

²⁴⁵ Zöllner/Greger, § 296/23; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/53, 63.

²⁴⁶ Musielak/Huber, § 296/32; Kallweit, s. 66; Von Stosch, s. 44.

²⁴⁷ MüKo/Prütting, § 296/168; Thomas/Putzo/Reichold, § 296/28.

²⁴⁸ MüKo/Prütting, § 296/168. Alman MUK. m. 296/II hükmünde tarafın ağır kusurun kendisine isnat edilemeyeceğine ilişkin vakıaları iddia yükünü taşıyıp taşımadığı meselesi ise tartışmalıdır (Bkz. MüKo/Prütting § 269/169).

²⁴⁹ Musielak/Huber, § 296/24; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/52.

²⁵⁰ Musielak/Huber, § 296/25.

²⁵¹ Stein/Jonas/Leipold, § 296/85; Musielak/Huber, § 296/25; Von Stosch, s. 145.

²⁵² Von Stosch, s. 145; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/61, 64; Zöllner/Greger, § 296/27.

²⁵³ Von Stosch, s. 44.

²⁵⁴ Von Stosch, s. 146; Zöllner/Greger, § 296/23; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/61.

²⁵⁵ Musielak/Huber, § 296/32.

Avusturya MUK. m. 179 hükmüne göre, usuli hak düşümü etkisinin doğumu için, ağır kusur nedeniyle açıklamaların gecikmesi şarttır; burada taraftan ortalama bir kimsenin göstermesi gereken özen beklenmelidir (Objektif ölçü). Yeni açıklama, şimdiye kadar yapılanlar ile çelişki halinde ise veya hakim davayı sevk ödevini (Avusturya MUK. m. 182) yerine getirmiş olmasına rağmen açıklamalar çok sonra somutlaştırılmışsa, ağır kusurun gerçekleştiği kabul edilir²⁵⁶. Davayı sevk ödevini ihlal eden tarafa kusurun isnat edilebilirlik derecesi, her somut olayda ve hal ve şartlar gözetilerek incelenmelidir; erken açıklamada bulunmanın mümkün olduğu veya mahkemenin sevk ödevini yoğun olarak yerine getirdiği hallerde, tarafın davayı sevk ödevini ağır bir şekilde ihlal ettiği söylenebilir²⁵⁷. Avusturya MUK. m. 179 hükmünde yer alan “özellikle esasa ve hukuka ilişkin açıklamaları görüşme bakımından” ibaresi, ağır kusurun tespiti için bir emare teşkil edebilir²⁵⁸. Avukat ile yürütülen davalarda ağır kusur için küçük emareler yeterli olmalıdır²⁵⁹.

VII-Mahkemenin İncelemesi ve Kararı

Mahkeme, kural olarak bütün hak düşümü şartlarını resen tespit etmek zorundadır²⁶⁰. Alman MUK.'nun 296/I ve III. maddeleri bu kurala bir istisna getirmiştir: Mahkeme tarafın kusurlu olup olmadığı hakkında bir inceleme yapmayacaktır; aksine taraf kusurlu bulunmadığını veya kusurun kendisine, temsilcisine ya da avukatına isnat edilemeyeceğini ispatlamak zorundadır²⁶¹. İspat için gerçeğe yakın gösterme (mukarine ispat) yeterlidir ve özrün ispatı mahkemenin takdirindedir (Alman MUK. m. 296/IV). Buna karşılık, Alman MUK m. 296/II hükmünde ağır kusurun mahkeme tarafından resen incelenmesi gereklidir²⁶². Alman MUK. m. 296/II hükmünde, 1. ve 3. fıkraların aksine, taraf

²⁵⁶ Rechberger/Fucik, § 179/2; Von Stosch, s. 147,148; Ballon, s. 88.

²⁵⁷ Rechberger/Fucik, § 179/3.

²⁵⁸ Annerl, s. 232.

²⁵⁹ Von Stosch, s. 148. Von Stosch, hak düşümü kurallarının uygulanabilmesi için aranan kusur kavramının dar olması nedeniyle, bu kuralların yargılamanın hızlandırılmasına katkısının yetersiz kaldığı ve bu nedenle kusur ölçüsünün sertleştirilmesi gerektiği görüşündedir (Bkz. s. 149 vd.).

²⁶⁰ Von Stosch, s. 151.

²⁶¹ Von Stosch, s. 152; Zöllner/Greger, § 296/30; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/53; MüKo/Prütting, § 296/175; ; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 436 (38); Kallweit, s. 69. Krş. Leipold, ZZP 93 (1980), s. 246; Stein/Jonas/Leipold, § 296/88. Yazara göre, taraf iddiada bulunma yükünü taşımakta ise de, ispat yükü altında değildir.

²⁶² Von Stosch, s. 152; Kallweit, s. 70.

ispat yükü altında değildir²⁶³. Ağır kusur şartlarının varlığına mahkeme tam kanaat getirmek zorundadır; yani mukarane ispat yeterli değildir²⁶⁴. Hal ve şartlar ağır kusurun varlığı yönünde ise, taraf bunun aksini iddia ve ispat edebilir²⁶⁵. Hatta hakim, aksini ispat için tarafa fırsat vermek zorundadır²⁶⁶. Diğer usuli hak düşümü şartları (iddia ve savunma vasıtaları, davayı sevk ödevinin ihlali, gecikme, nedensellik bağı) bakımından taraf ispat yükü altında değildir²⁶⁷. Davayı sevk ödevinin ihlali ve nedensellik bağının tespiti için normal ispat ölçüsü geçerlidir; mahkeme bu şartların gerçekleştiğine kanaat getirdiği takdirde, ret yetkisini kullanmaya izinlidir²⁶⁸.

Belirtelim ki, gecikmiş açıklamaların reddi söz konusu ise, mahkeme taraflara bunu işaret etmek zorundadır²⁶⁹. Hakim davayı sevk ödevi nedeniyle sözlü duruşmada hak düşümüne dikkat çekmelidir. Böylece taraf hak düşümü kuralının şartlarının gerçekleşmediğini (kusur, gecikme veya nedensellik) mahkemede iddia ve ispat edebilir²⁷⁰.

Alman MUK. m. 296 hükmüne göre, gecikmenin tespiti, mahkemenin serbest kanaatindedir²⁷¹. Burada ispat ölçüsü düşürülmüştür; mahkeme yargılamanın aktüel durumuna (açıklamada bulunulan zamana) göre gecikmenin bulunup bulunmadığını serbestçe takdir edebilir²⁷². Öyle ki, gecikmenin tespitinde davayı gereksiz yere uzatacak her türlü delil ikamesinden kaçınmak gerekir²⁷³. Gecikmenin varlığı kesin değilse, hak düşümü kuralları uygulanmamak zorundadır. Taraf mahkemenin gecikmenin varlığı yönündeki

²⁶³ MüKo/Prütting, § 296/175.

²⁶⁴ MüKo/Prütting, § 296/176; Leipold, ZZP 93 (1980), s. 246; Stein/Jonas/Leipold, §296/108.

²⁶⁵ Zöller/Greger, § 296/30; MüKo/Prütting, § 296/169; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 437 (45); Kallweit, s. 70.

²⁶⁶ Muscilak/Huber, § 296/32.

²⁶⁷ Zöller/Greger, § 296/30; MüKo/Prütting, § 296/171-172

²⁶⁸ MüKo/Prütting, § 296/173.

²⁶⁹ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/23; Muscilak/Huber, § 296/35; Zöller/Greger, § 296/32; Von Stosch, s. 157; MüKo/Prütting, § 296/23, 170; Thomas/Putzo/Reichold, § 296/42. Krş. Stein/Jonas/Leipold, § 296/ 123. Yazar, mahkemenin her halde değil, sadece tarafın ret olasılığını gözden kaçırdığı hallerde işaret ödevini yerine getireceği görüşündedir.

²⁷⁰ Von Stosch, s. 157 ve dn. 474; Musiclak/Huber, § 296/32.

²⁷¹ MüKo/Prütting, § 296/174; Thomas/Putzo/Reichold, § 296/13; Kallweit, s. 91

²⁷² Von Stosch, s. 153; Thomas/Putzo/Reichold, § 296/13.

²⁷³ Thomas/Putzo/Reichold, § 296/13, 29.

kararını haksız buluyorsa, aksini ispat hakkına da sahiptir²⁷⁴. Alman MUK. m. 296/III hükmüne göre kabul edilebilirlik itirazının reddinde, mahkeme yargılamanın gecikip gecikmediğini incelemeyiz; burada kanun koyucu kabul edilebilirlik itirazının geç ileri sürülmesinin kural olarak davayı uzatacağından hareket etmektedir²⁷⁵.

Hak düşümü şartları eksik olduğu için geç ileriye sürülmüş iddia ve savunma vasıtaları kabul edilirse, herhangi bir ara karar (Zwischenentscheidung) verilmez; bu iddia ve savunmalar görüşülür ve bunlar hakkında delil ikame olunur²⁷⁶. Geç ileri sürülen iddia ve savunma vasıtalarının reddi ise, nihai kararda (Endurteil) yapılır²⁷⁷.

Taraf, Alman MUK. m. 296/I hükmünde yazılı kanuni ve hakim tarafından tayin edilen süreleri kaçırırsa, diğer şartların da varlığı halinde, gecikmiş açıklamalar reddedilmek zorundadır²⁷⁸. Mahkeme, davanın kabul edilebilirliğine yönelik itirazları da, eğer bunlar süresi²⁷⁹ içinde ileri sürülmemişse, reddetmek zorundadır²⁸⁰. Her iki taraf anlaşarak, bu hak düşümü kurallarının uygulanmamasını talep etseler dahi, mahkeme açıklamaları reddetmek zorundadır²⁸¹. Buna karşılık, Alman MUK. m. 296/II hükmü gereği ret, mahkemenin serbest takdirindedir²⁸². Avusturya MUK. m. 179 ve 275/II hükümlerinin yazım şekli de reddin mahkemenin takdirinde olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte, hak düşümü kurallarının düzenlenme amacının, mahkemenin bilinçli olarak kötüye kullanılması ile savaş olduğu; medeni yargının sosyal görevlerini yerine getirmek için, yargılamanın etkin yürütümünün şart olduğu ve bunun da ancak tutarlı bir şekilde yerine getirilecek hakimın davayı sevk ödevi ile sağlanabileceği; takdir yetkisi kullanılırken esas alınacak kriterlerin eksik olduğu ve ret kararını hakimın takdirine bırakmanın

²⁷⁴ Von Stosch, s. 153.

²⁷⁵ MüKo/Prütting, § 296/18.

²⁷⁶ Museilak/Huber, § 296/36.

²⁷⁷ Kallweit, s. 89.

²⁷⁸ Zöllner/Greger, § 296/8; Museilak/Huber, § 296/3; MüKo/Prütting, § 296/178; Kallweit, s. 90.

²⁷⁹ Bkz. Alman MUK. m. 282/III, 340/III, 275 ve 276.

²⁸⁰ Zöllner/Greger, § 296/8a; MüKo/Prütting, § 296/178; Kallweit, s. 90.

²⁸¹ MüKo/Prütting, § 296/178.

²⁸² Zöllner/Greger, § 296/8b; Museilak/Huber, § 296/29; Kallweit, s. 90. Aksi görüşte: MüKo/Prütting, § 296/180.

hak düşümü kuralları ile bağdaşmayacağı; zira tarafın iddia ve savunma hakkına müdahalesi nedeniyle bu kuralların dar yorumlanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş; hak düşümü şartlarının gerçekleşmesi durumunda reddin mahkemeye görev olarak yüklenmesi gerektiği söylenmiştir²⁸³.

Mahkeme, bir taraftan hangi vakıa ve delillerin usuli hak düşümüne uğradığını²⁸⁴, diğer taraftan hangi hukuki değerlendirmeye dayanarak hak düşümü şartlarının mevcut kabul edildiğini hükmünde göstermelidir²⁸⁵. Yani bu konuda ayrı bir karar (eigener Beschluss) verilmesi öngörülmemiştir²⁸⁶. Red için öngörülen kanuni şartları yerine getiren vakıalar, somut bir şekilde hüküm gerekçesinde gösterilmek zorundadır²⁸⁷. Karar için önemli olan bütün vakıalar, -örneğin, Alman MUK. m. 296/I hükmünde kaçırılmış olan sürenin şekli, süre tayininin ayrıntıları ve delil ikamesinin tamamlanmadığı vs.-, belgelendirilmelidir; hükmün gerekçesinde uygulanmış hak düşümü kuralının bütün şartları birer birer özenli bir şekilde ve hatta gecikmiş vakıa açıklamasının ilgili olduğu kural ile bağlantılı olarak ele alınmak zorundadır²⁸⁸. Mahkemenin hangi tedbirler ile taraf açıklamasının gecikmesine karşı koymayı denediği ve bunun neden başarısız kaldığı veya neden belli tedbirlerin makul görülmediği açıklanmalıdır²⁸⁹.

Hak düşümü, gecikmiş yapılan açıklamaların hiç ileri sürülmemiş sayılması sonucunu doğurur²⁹⁰. Reddedilmiş açıklamalar kararda dikkate alınmaz²⁹¹. Örneğin; davacının iddiası, savunma vasıtasının dikkate alınmaması halinde tartışmasız olarak işlem görür veya delil ikamesinin reddi halinde ispat konusu ispatlanmamış sayılır²⁹². Taraf bu açıklamaları hem derdest yargılamada hem de

²⁸³ Von Stosch, s. 155-156.

²⁸⁴ Rechberger/Fucik, § 179/7; Fasching/Konecny/Rechberger, § 275/7. Avusturya hukukunda hak düşümü kararı hakemler kurulu (Senat) tarafından verilir.

²⁸⁵ Von Stosch, s. 156; Zöllner/Greger, § 296/31; Musielak/Huber, § 296/38; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/74.

²⁸⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 439 (52); MüKo/Prütting, § 296/177.

²⁸⁷ Thomas/Putzo/Reichold, § 296/43; MüKo/Prütting, § 296/177.

²⁸⁸ Musielak/Huber, § 296/38.

²⁸⁹ Musielak/Huber, § 296/38.

²⁹⁰ Zöllner/Greger, § 296/33; Musielak/Huber, § 296/37.

²⁹¹ Thomas/Putzo/Reichold, § 296/43; Kallweit, s. 94.

²⁹² Musielak/Huber, § 296/37.

daha sonradan ayrı bir dava ile ileriye süremeyecektir²⁹³. Reddedilen açıklamalar maddi anlamda kesin hükmün etkisi altındadırlar²⁹⁴. Hak düşümü kuralları tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri kurallar olmadığı²⁹⁵ için sonradan tarafların anlaşması da bu sonucu değiştirmez²⁹⁶.

VIII-Kanun Yolları

Alman hukukunda, hak düşümüne uğramış olan taraf, mahkemenin kararına karşı istinaf yoluna başvurabilir²⁹⁷. İstinaf mahkemesi, açıklamalar haksız olarak hak düşümüne uğratılmışsa, reddedilmiş açıklamaları önündeki yargılamada kabul eder; ancak kapsamlı veya masraflı delil ikamesinin tamamlanması gereken hallerde, Alman MUK. m. 538/II, b. 1 hükmüne göre, dava talep üzerine yeniden görüşülmek için ilk derece mahkemesine havale olunur²⁹⁸. Aksi halde, talep reddedilir. Temyiz mahkemesi, hukuki kavramları, - gecikme, kusur, ağır kusur gibi-, tam olarak inceler ve fakat mahkemenin takdir yetkisini sadece bunun aşılması durumunda kontrol eder²⁹⁹. Avusturya hukukunda, ret kararına karşı ayrık olarak herhangi bir kanun yolu caiz değildir (Avusturya MUK. m. 179); ancak hüküm ile birlikte istinaf kanun yoluna başvurulabilir³⁰⁰. Bu halde istinaf mahkemesi itiraz mahkemesi (Rekursgericht) olarak inceleme yapar; ret kararı kabul edilirse, temyiz mümkün değildir; aksi halde, ret kararı kaldırılır ve bu karara karşı temyiz kanun yolu açıktır³⁰¹. Avusturya MUK. m. 275/II hükmü gereği reddedilen delillere dayanarak, Avusturya MUK. m. 530/I, b.7 ve 531 hükmüne göre yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemez³⁰².

²⁹³ Kallweit, s. 94; Von Stosch, s. 158. Bu kurala takas defî bir istisna teşkil eder (Bkz. Von Stosch, s. 158 dn. 480).

²⁹⁴ MüKo/Prütting, § 296/181.

²⁹⁵ Deubner, NJW 1983, s. 1029.

²⁹⁶ Von Stosch, s. 182.

²⁹⁷ Musielak/Huber, § 296/39; Thomas/Putzo/Reichold, § 296/44; Kallweit, s. 93.

²⁹⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 439 (54).

²⁹⁹ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/75.

³⁰⁰ Rechberger/Fucik, § 179/8; Von Stosch, s. 160; Ballon, s. 88.

³⁰¹ Von Stosch, s. 160.

³⁰² Rechberger/Rechberger, § 275/4.

Hak düşümü şartları gerçekleştiği halde ret kararı verilmemişse, buna karşı istinaf veya temyiz kanun yolu açık değildir³⁰³; zira hak düşümü kurallarının amacı, davanın hızlandırılmasıdır; dava sona erdikten sonra artık bu amaca ulaşamayacaktır; gecikme, zaten geciken açıklamanın kabulü ile ortaya çıkmış durumdadır³⁰⁴. İddia ve savunma vasıtalarının kanuna aykırı bir şekilde dikkate alınması suretiyle ortaya çıkan gecikme, artık eski hale getirilemez³⁰⁵. Alman MUK. m. 296/III hükmüne göre gecikmiş kabul edilebilirlik itirazı söz konusu ise, burada mesele davanın gecikmesine bağlı olmadığı için, hatalı kabul istinaf veya temyize konu olabilir³⁰⁶.

Alman hukukunda, istinaf ve temyiz kanun yolları caiz olmadığı takdirde³⁰⁷, Anayasa m. 93/I, b. 4a hükmüne göre, -ki, hak düşümü kuralları açısından burada kanuni dinlenme hakkının ihlali söz konusudur-, anayasal itirazda bulunmak da mümkündür³⁰⁸. Avusturya hukukunda ise, Anayasa Mahkemesi önünde böyle bir itiraz caiz değildir; fakat AİHS.'nin 25. maddesine göre, iç kanun yolları tüketildikten sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru mümkündür³⁰⁹.

IX-Hak Düşümü Kurallarının Bertarafı

Alman MUK.'nun hak düşümü kurallarını devre dışı bırakmak için, yine kanunda yer alan bazı kurumlar kullanılabilir: Gıyabi hüküm (Versaumnisurteil); karşı dava; davanın genişletilmesi, değiştirilmesi ve objektif dava yığılması³¹⁰ ile istinaf kanun yolu, gecikmiş iddia ve savunmaların

³⁰³ Zöllner/Greger, § 296/35; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 439 (56); MüKo/Prütting, § 296/182; krş. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/75. Yazar, geciken açıklamanın hatalı bir şekilde kabul edilmesi halinde, bunun sadece son karar ile birlikte iptale konu olabileceğini belirtmektedir.

³⁰⁴ Von Stosch, s. 161.

³⁰⁵ Musielak/Huber, § 296/36.

³⁰⁶ Musielak/Huber, § 296/36; Zöllner/Greger, § 296/35; MüKo/Prütting, § 296/183; Thomas/Putzo/Reichold, § 296/39; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 439 (56).

³⁰⁷ Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 296/76.

³⁰⁸ Musielak/Huber, § 296/39; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 438 (55). Ayrıntılı bilgi için bkz. Von Stosch, s. 161 vd.

³⁰⁹ Von Stosch, s. 164.

³¹⁰ Davanın değiştirilmesi ve dava yığılması, Alman MUK. m 263 hükmü nedeniyle, -ki bunun için karşı tarafın rızası veya mahkemenin yerinde (sachdienlich) görmesi şarttır-. hak düşümü kurallarından kaçış için doğru bir yol olarak görünmemektedir (Von Stosch, s. 171 vd).

ileri sürülebileceği haller olarak karşımıza çıkmaktadır³¹¹. Taraf, geciken açıklamasının reddedileceğinden korkuyorsa, duruşmaya gelmez veya mahkemede iddia ve savunmada bulunmaz (Alman MUK. m. 333) ve böylece hakkında bir gıyabi hüküm verilmesine neden olur. Daha sonra itirazda (Einspruch) bulunabilir ve itiraz dilekçesinde iddia ve savunma vasıtalarını ileriye sürebilir³¹². Gerçi bu geçirilmiş sürede hiçbir değişiklik yapmaz; fakat geciken açıklamalar dikkate alınmak zorundadır; zira bunlar Alman MUK. m. 341a hükmüne göre tayin olunan duruşmada sonuçlandırılabilirliği takdirde, davayı geciktirmez³¹³. Davanın genişletilmesi, herhangi bir özel şarta ihtiyaç göstermediği (Alman MUK. m. 264/I. b. 2) ve iddia ve savunma vasıtası olarak değil de, bizzat savunma olarak nitelendirildiği için, hak düşümü kurallarına dolanılmasına izin verir³¹⁴. Davalı da karşı dava açmak suretiyle, gecikmiş açıklamalarını ileri sürebilir; burada da mahkeme karşı dava nedeniyle tayin edeceği duruşma gününe kapsamlı bir şekilde hazırlanır; olası bir hak düşümünü önlemek için beklenebilir her şey yapılmak zorundadır³¹⁵. Şayet mahkeme dava ve karşı dava hakkında ayrı ayrı karar verebilecek ve böylece geciken açıklamayı dikkate almadan dava talebi hakkında icra edilebilir bir kısmı hüküm verebilecek durumda ise, karşı dava yolu ile hak düşümü kurallarından kaçış başarısız kılınabilir³¹⁶. Ancak Federal Yüksek Mahkeme böyle bir kısmı hükmün caiz olmadığı görüşündedir³¹⁷. Davanın geri alınması davalının rızasına bağlı olmayan hallerde (Alman MUK. m. 269/I), bu yolla da hak düşümü kuralları devre dışı bırakılabilir³¹⁸. Sulh teşebbüsünün başarısız kalması halinde yapılacak ayrı bir sözlü duruşmada da, hak düşümü etkisinden kurtulmak mümkün olacaktır³¹⁹. Her iki taraf birlikte yargılamanın durdurulmasını (Ruhe des Verfehrens) (Alman MUK m. 251) talep ederse, yine hak düşümü

³¹¹ Ayrıntılı bilgi için ve hak düşümü kurallarından kaçışı önlemek için yapılabilecekler hakkında bkz. Von Stosch, s. 164 vd.; Kallweit, s. 176 vd.

³¹² Musielak/Huber, § 296/41; Von Stosch, s. 165.

³¹³ Musielak/Huber, § 296/41.

³¹⁴ Von Stosch, s. 170; Musielak/Huber, § 296/42.

³¹⁵ Von Stosch, s. 167-168.

³¹⁶ Bkz. Von Stosch, s. 168.

³¹⁷ BGH NJW 1989, s. 2821; BGH NJW 1980, s. 2355. Buna göre; hak düşümü sadece bütün davanın gecikmesi halinde mümkündür, yoksa bir kısmı hükümde değil.

³¹⁸ Musielak/Huber, § 296/43.

³¹⁹ Musielak/Huber, § 296/44. Bkz. yukarıda s. 14.

kurallarından kaçış gerçekleşir³²⁰. İstinaf kanun yolunda yeni iddia ve savunma vasıtaları artık istisnaen kabul edilebileceğinden (Alman MUK. m. 529/I, b. 2, 531/II, b. 3), bu yol hak düşümü kurallarından kaçış için kapanmıştır³²¹.

Kısaltmalar Cetveli

AIHS.	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
BGH	Bundesgerichtshof
Bkz.	Bakınız
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
dn.	dipnot
Einl.	Einleitung
JZ	Juristenzeitung
Krş.	Karşılaştırınız
LGZ	Landgericht für Zivilsachen
m.	madde
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MUK.	Medeni Usul Kanunu
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtssprechungsreport
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
s.	sayfa
vd.	ve devamı
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

³²⁰ Zöllner/Greger, § 296/43; Musielak/Huber, § 296/45.

³²¹ Zöllner/Greger, § 296/41. Krş. Musielak/Huber, § 296/47. Yazar, ilk derecede Alman MUK. m. 296/1 hükmü uygulanmadığı için, istinaf mahkemesinin 531/I. maddeye göre açıklamayı dikkate almadan bırakamayacağı görüşündedir.

Kaynakça

Annerl, Andrew: Vorbereitende Tagsatzung und Praeklusion von Parteivorbringen, ÖJZ 2006, s. 229-235.

Ballon, Oscar J.: Das Zurückweisungsrecht des Gerichts bei nachtraeglichem Parteivorbringen, -Überlegungen zu einer Beschleunigungsmassnahme des neuen österreichischen Zivilprozessrechts-, Festschrift für Kostas E. Beys, Dem Rechtsdenker in Attischer Dialekte zum 70. Geburtstag am 25. November 2003, Erster Band, Athen 2003, s. 75-91.

Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 66. völlig neubearbeitete Auflage, München 2008. (Kısaltması: Baumbach/Lauterbach/Hartmann, madde numarası/kenar numarası)

Bettermann, Karl August: Hundert Jahre Zivilprozessordnung -Das Schicksal einer liberalen Kodifikation, ZZP 91 (1978), s. 365-397.

Deixler-Hübner, Astrid: Die Eventualmaxime im Oppositionsverfahren, ÖJZ 1995, s. 170-180.

Deubner, Karl G.: Die Zurückweisung fristwidrigen Vorbringens im frühen ersten Termin, NJW 1983, s. 1026-1030. (Kısaltması: NJW 1983)

Deubner, Karl G.: Das Ende der Zurückweisung verspäteten Vorbringens im frühen ersten Termin, NJW 1985, s. 1140-1143. (Kısaltması: NJW 1985)

Deubner, Karl G.: Anmerkung vom BVerfG: Voraussetzungen für die Grundgesetzwidrigkeit der fehlerhaften Anwendung von Praeklusionsvorschriften, NJW 1987, s. 2733-2736. (Kısaltması: NJW 1987)

Fasching, Hans W.: Lehrbuch des österreichisches Zivilprozessrechts, Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis, Zweite überarbeitete und ergaenzte Auflage, Wien 1990. (Kısaltması: Fasching, sayfa numarası (kenar numarası))

Fasching, Hans W./Konecny, Andreas: Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 3. Band §§ 226 bis 460 ZPO, 2., völlig neu bearbeitete Auflage, Wien 2004. (Kısaltması: Fasching/Konecny/İlgili bölüm yazarının soyadı, madde numarası/kenar numarası)

Jauerning, Othmar: Zivilprozessrecht, 28. völlig neubearbeitete Auflage, München 2003.

Kallweit, Uwe, Die Prozessförderungspflicht der Parteien und die Praekclusion verspäteten Vorbringens im Zivilprozess nach der Vereinfachungsnovelle von 3.12.1976, Frankfurt am Main/Bern/New York 1983.

Leipold, Dieter: Prozessförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung, ZZP 93 (1980), s. 237-265. (Kısaltması: ZZP 93 (1980))

Leipold, Dieter: Auf der Suche nach dem richtigen Mass bei der Zurückweisung verspäteten Vorbringens, ZZP 97 (1984), s. 395-410. (Kısaltması: ZZP 97 (1984))

Leipold, Dieter: Entscheidungen Verfassungsrecht-Zivilprozess, Anmerkung, JZ 1988/2, s. 93-96. (Kısaltması: JZ 1988)

Mischke, Winfried: Zurückweisung verspäteten Vorbringens über die in § 296 ZPO aufgezählten Faelle hinaus?, NJW 1981, s. 564-565.

Musielak, Hans-Joachim: Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 4. neubearbeitete Auflage, München 2005. (Kısaltması: Musielak/İlgili bölüm yazarının soyadı, madde numarası/kenar numarası)

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1, §§ 1-510c, 3. Auflage, München 2008. (Kısaltması: MüKo/İlgili bölüm yazarının soyadı, madde numarası/kenar numarası)

Rechberger, Walter H. (Hrsg): Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Wien 2006. (Kısaltması: Rechberger/İlgili bölüm yazarının soyadı, madde numarası/ kenar numarası)

Rechberger, Walter H./Simotta, Daphne-Ariane: Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 6. Ergaenzte Auflage, Wien 2003. (Kısaltması: Rechberger/Simotta, sayfa numarası (kenar numarası))

Rechberger, Walter H.: Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması (Çeviren: Prof. Dr. M. Kamil Yıldırım), Derleyen: Prof. Dr. M. Kamil Yıldırım, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2001, s. 1-16.

Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter: Zivilprozessrecht, 16. neubearbeitete Auflage, München 2004. (Kısaltması: Rosenberg/Schwab/Gottwald, sayfa numarası (kenar numarası))

Schilken, Eberhard: Medeni Yargılamada Hakimın Rolü (Çeviren: Doç. Dr. Nevhis Deren-Yıldırım), Derleyen: Prof. Dr. M. Kamil Yıldırım, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2001, s. 43-66.

Schneider, Egon: Problemfalle aus der Prozesspraxis, Die Belehrung über Verspætungsfolgen, MDR 1985/4, s. 287-290.

Schreiber, Klaus: Prozessvoraussetzung bei der Aufrechnung, ZZZ 90 (1977), s. 395-417.

Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter: Verfassung und Zivilprozess, Bielefeld 1984.

Stein, Friedrich/Jonas, Martin: Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3, §§ 253-299a, 21. Auflage, Tübingen 1997. (Kısaltması: Stein/Jonas/İlgili bölüm yazarının soyadı, madde numarası/kenar numarası)

Thomas, Heinz/Putzo, Hans: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften (EuGVVO, EheVO, ZustellungsVO, ZustDG, AVAG), 25. neubearbeitete Auflage, München 2003. (Kısaltması: Thomas/Putzo/İlgili bölüm yazarının soyadı, madde numarası/kenar numarası)

Ventsch, Verena: Die materielle Prozessleitung nach der Reform der Zivilprozessordnung § 139 ZPO, Hamburg 2005.

Von Stosch, Felix Graf: Prozessförderung durch das Mittel der Praeklusion im österreichischen und deutschen Recht-de lege lata-de lege ferenda, Berlin 2000.

Zöller Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen Kommentar, 26. neubearbeitete Auflage, Köln 2007. (Kısaltması: Zöller/İlgili bölüm yazarının soyadı, madde numarası/kenar numarası)