

MEDENÎ USUL HUKUKU

Ord. Prof. Dr. Rudolf Bruns

Giriş.

Kısaltılmış bir medenî usul hukuku eserinin vazifesi, meseleleri kabaca basitleştirmek suretile zamanın şartlarına göre derli toplu bir eser vücuda getirmek değildir. Hacimden tasarrufa başka yollarda teşebbüs etmelidir. Bunlardan birincisi kanun metinlerini teferruatından hafifletmektir. Hiç şüphesiz böyle bir usul imkân nispetinde kanun metnine ve metnin sistematığına sıkı sıkıya bağlanmayı istilzam ettirmektedir. Bu tarzdaki hareket ise, bazı hususlardan feragati tazammun etmekte, çünkü kanundaki teselsül ötedenberi görüldüğü veçhile ilmî bir sisteme tetabuk etmemektedir. Binaenaleyh, bazı zorlamalar olmaksızın, bilhassa ifadede mantık kuvvetine müracaattan vazgeçilmeksizin bu tarzda bir harekete teşebbüs edilemez. Bu böyle olmakla beraber pedagojik bakımdan küçümsemeyecek bir avantaj; bir ders kitabının sistemli çerçevesi dahilinde yer alan rabıta ve münasebetlerin sadece münferit esaslarını ve bu esasların kısımlarını okumaya mecbur olmakla kalınmayarak, kanunun kendine has olan teselsülü dahilinde mütalâa edilebilmesidir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun (ZPO) kanun olarak okunamayacağı hakkında çok yayılmış olan yanlış bir kanaat vardır; ve üniversitede sadece nazari ders kitaplarından alınabilen kanun prensipleri bellendiği, pratik formasyon esnasında ise mahkemelerde kullanılan şekiller hakkında bilgi edinildiği için ana kanunlardan hemen hiçbirisi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (ZPO) kadar az öğrenilmemektedir. Bu bakımdan muhtasar bir ders kitabının vazifesi kanun metinlerinin tetkikine giriş mahiyetindedir. Kanunu tanzim şekline sevkeden sebepler, kanunun ilimde ve tatbikatta tefsiri, kanun yapıcı fikirlerin gelişmesi ve tanzim işinin problematiği gibi mevzular daha mufassal olan kitapların muhtevalarını teşkil etmektedir. Muhtasar ders kitabında müracaat edilen eserlerle mahkeme içtihatları hacim fıkdanı dolayısıyla oldukça mahdut bir tarzda gösterilmektedir.

Muhakeme şekillerini tanzim eden, sosyolojik bakımdan mühim olan münasebetleri tespit eden ve bu münasebetlerin hukuken hallini mümkün

kılan medenî usul hukuku teknik bir hukuk şekli olmak itibarile üç türlü problem zümresini ihtiva etmektedir. Bunlardan birincisine şekillendirme problemleri (Gestaltungsprobleme) ismi verilebilir. Usulü muhakemenin gayesinin pratik bir tarzda istihsalini sağlayacak şekilde nasıl yürütülebileceğini bahis mevzuu eden hususlar bu zümreye dahildir. Birinci zümreye tâbi olmakla beraber yine de ondan müstakil kalan ikinci zümreye sınırlandırma problemleri (Abgrenzungsprobleme) denilebilir. Burada muayyen bir dâva durumunda dâva ile alâkası olanların mevzu kanunlar muvacehesindeki imkânları, ihtimalleri ve mükellefiyetlerinin hudutları gösterilmektedir (J. Goldschmidt). Şu halde usul hükümlerinden her biri işlenirken daha baştan itibaren en az şu üç soru üzerinde durulması gerekmektedir: Mahkeme bu hükme nazaran en elverişli olan hareket tarzını nasıl tayin edecektir? Bu hüküm dâvacıya hangi hakları veya imkânları, vazifeleri veya mükellefiyetleri ihdas etmektedir, hususile bir usul kaidesinin ihlâli halinde dâvacının elinde ne gibi vasıtalar vardır? Dâvalının yapabileceği şeyler nelerdir? (Dâvaların taaddüdü halinde aynı sualler diğer alâkalılar hakkında da sorulabilir). Nihayet üçüncü grubu hüküm teorisinde mündemiç olduğu üzere usulen yapılan tespitin alâkalıların maddî hakları üzerindeki tesiri (die Einwirkung prozessualer Feststellung) teşkil etmektedir. Aynı ayrı tezahür eden meselelerin bu üç gruptan birine tahsisî tetkikleri kolaylaştıracaktır.

Medenî usulün mahiyeti.

I. Her günkü hayatın milyonlarca hallerinde hukuk ihtiyarî olarak ifa olunmaktadır. Fakat ihtilâf çıktığı takdirde bugün münferit şahıs hakkını zorla elde edebilmek gayesile yalnız sayısı mahdut ve kanunen sarîh olarak tahdit edilmiş olan hallerde kendi kendine ihkakî hak yoluna sapabilmektedir. Mutat hallerde devletin hukukî himayesine müracaat imkânı kendi kendine ihkakî hak yerine kaim olmaktadır. Medenî hukuk dâvalarında devlet bu hususta hukuken tanzim olunmuş bir usul ihzar etmekte, hukukî vaziyet bu usulle tahkik olunmakta ve dâvacıya hukukî himaye bahşedilmekte veya bu himaye kendisinden nezolunmaktadır. Devlet mahkemelerinde tatbik olunan bu usule medenî usul (Zivilprozess) adı verilmektedir. Bu usul hakkı tanıma usullerini (karar - hüküm verme usullerini) (Erkenntnisverfahren), yani mahkemeye arzolunan fiilî münasebeti mevzu ittihaz ederek hukukî vaziyetin tespitine şamil olmakta ve kaide olarak bir hükme bağlanmakta, keza bir hakkın tespit veya ihdasına inhisar etmedikçe ittihaz olunan hükmün fiilen tatbikini, yani icra usullerini (Vollstreckungsverfahren) ihtiva etmektedir. Bu meyanda borçlu aciz haline düştüğü takdirde münferit icra takibi yerine iflâs

yolunda takip usulleri (Konkursverfahren) kaim olmaktadır. Kanun muayyen tehlikelere karşı emniyet imkânları (ihtiyatî haciz, ihtiyatî tedbir) (Sicherungsmöglichkeiten) sağlamaktadır; bu hallerde dahi bir nevi hüküm verme usulü icra yolundaki emniyetin fiili tatbikine tekadüm etmektedir.

II. Medenî muhakeme usulünün mevzuu şuhalde hukukî himayenin bahşedilmesidir (Gewährung des Rechtsschutzes). Bu himaye dâvacıya olduğu kadar hâkimin reddettiği dâvacının haksız taarruzlarına karşı korunmakta olan dâvalıya da bahşedilmektedir. Mahkeme tarafların ötesinde bulunmaktadır; öyle olmasa mahkemenin hükmü neticesinde dâvacı veya dâvalının tarafı tutulmak (Parteinahme) suretile otoriteye mazhar kılınmasının izahı kabil olmazdı. Wach'danberi [*] medenî usul mevzuunun dâvacının devlete karşı âmme hukuku bakımından bir hak, hukukî himaye talep edebileceği şeklinde kat'î ifadesini bulabildiği zannedilmiş ve bu arada dâvalıya da böyle bir hukukî himaye tanınıp tanınmadığı hususu münakaşalı bir halde kalmıştı. İşte bu münakaşa bile ancak dâvanın son safhalarında hâkimin içtihadını tespitte hizmet edecek olan ferdin devlete karşı durumunu ön plâna süren bir görüşün sakatlığını göstermeğe kifayet etmektedir. Hukukî himaye nazariyesinin Goldschmidt'in [**] medenî usul hukuku hakkındaki kitabının birinci paragrafında ince ifadesini bulan şekildeki izah tarzının yanlış olduğu iddia edilemez; bu izah tarzı muhakkak ki, medenî usulün çok gamız bir halde olan bünyesini tefsir imkânları sahasında yer alabilir. Fakat yine bu izah tarzı usul bakımından müsmir değildir, çünkü tarafların dâvalarını birbirlerine karşı açmalarına, kendilerine taallûk eden maddî hukuk vaziyetlerini birbirlerine karşı kuvveden fiile çıkarmalarına çalışmalarına mukabil, hâkimin hukukî himayenin ön şartlarını tartıp incelemek suretile tarafların ötesinde bulunduğu dair noktai nazardan ayrılmaktadır. Binaenaleyh merdud nazariyenin hukukî himaye mütalebesinin şartlarını mevzuubahis ettiği noktalarda sadece hukukî himayenin şartlarından bahsetmek daha münasip olacaktır.

III. Hüküm teorisinin hedefi taraflar arasında ihtilâflı olan beşerî hâdise hakkında adil bir hüküm (ein gerechtes Urteil) elde etmektir. Bu hükümde ifadesini bulan hukukî neticenin (Rechtsfolge) herşeyden evvel müstakbel münasebetlerin yeni bir şeklini ihdas ettiği çok umumî surette de olsa söylenebilir. Hususile yeni haklar doğuran ihdas edici hükümler için bunun böyle olduğu zahirdir; fakat eda hükümleri dahi muayyen

*) «Wach» tanınmış Alman Usulü Muhakeme profesörlerindendir.

***) «Goldschmidt» Alman Usulü Muhakeme otoritelerindendir.

surette hukuken tasvip edilen bir durumu ihdas etmek istemekte, tespit hükümleri ise herhalde müstakbel münasebetlerin ihdası hususunda haiz oldukları ehemmiyet içerisinde mündemiç bulunmaktadır. Hükmün bu fonksiyonunu gözönünde tutmanın önemi vardır; bu arada kanun tarihi istimrarı, kontinüiteyi kabul etmiş olduğu şekillerin öyle tabii bir şartını teşkil ettiğini müşahede ediyor ki, hükmün müstakbel münasebetler hakkında ihdas edici fonksiyonu ne otomatik, ne de tesirlerinin hususî bir tezahürü olduğu nazarı itibare alınamıyacak surette ortaya çıkmaktadır. Böylece hüküm geçmişe ait vakıaların takdir olunan hukukî kıymetlerine istinat etmektedir. Sonunda hükmü ihdas eden muhakeme usulü mefhum itibarile birbirinden kat'î surette ayrı olmakla beraber, fiilen çok kere birbirine sıkı sıkıya bağlı olan iki hâdiseye inkisam etmektedir; ilkin hükme bağlanacak olan beşerî hâdisenin terkibine; bundan sonra da bunun hukuk bakımından kıymetlendirilmesine (rechtliche Wertung) bölünmektedir. Bu sonuncu kısım, yani tespit olunan bir hâdise hakkında hukuken bir hal çaresi bulmak sanatı muhakeme usulü nizamında sadece meşrut addedilmekte, kaide halinde taknin edilmemektedir. Kıymetlendirme hususunun hakkın takibi yolunda, ezcümle dâvanın temyizi safhasında da mühim bir rol oynadığı görülmektedir. Bundan maada kanun ehliyet imtehanları vasıtasile isabetli bir hukuk buluşunun teminatını vücade getirmekte ve bu da maddî hukuk içerisinde teessüs etmektedir. Beşerî hâdisenin terkihi muhakeme nizamının madde itibarile mevzuunu teşkil etmektedir. Muhakemeyi mümkün kılan vasıtanın lisan olduğu hakkındaki bedahati ehemmiyetsiz saymamalıdır. Hattâ görünüşte lisanın yardımına iftikâr etmiyeceği kabul edilen şahsî görgü gibi bir hüküm vasıtası için de aynı şey söylenebilir. Bu şahsî görgü ispat edeceği vakıaların «iddia edilmesi» suretile ihzar edilecek ve lisan sıfatile hükmün gerekçesine girecektir. Şu halde, taraflardan her biri münferit iddialarla inkişaf ettirilen maddî vakıalar tablosunu lisan vasıtasile çizecektir. Hâkimin vazifesi herşeyden evvel taraflardan biri veya diğeri tarafından tasvir edilmiş olan böyle bir maddî vakıalar tablosunu anlamaktan ibarettir (zu verstehen). Hâkim tasvir olunan bu tablolar arasındaki ayrılıkları, diferansları aydınlatacak, onları o tarzda cedelî, dialektik bir neticeye doğru irsal etmek suretile öyle veya böyle, evet veya hayır'a müncer olacak şekilde katileştirecektir. Bu evet veya hayır taraflar arasında münazaalı olmayan hususları tamamlayacak surette hukukî kıymetlendirmeye esas teşkil eden maddî münasebetleri (hiç olmazsa o muhakeme derecesi için) nihaî olarak tespit eden delillerin ihzarına yardım etmektedir. Bu mülâhaza gösteriyor ki, hâkimin bilhassa lisana aşına olması lâzımdır. Hâkim halk arasında kullanılan lisana olduğu

kadar kanunun mefhumlar diline de aşına olmalıdır; o teknik dile ve muâyyen halk zümrelerinin dillerine tamamen nüfuz etmek ve yanlış konuşulduğu vakit bunun doğrusunun ne olacağını bilmekle mükelleftir.

IV. Dışardan bakıldığı vakit muhakeme usulleri birbirine girift surette taraflarla mahkemenin bir takım muamelelerinden tereküp etmektedir. Bu meyanda dâvacı, dâvalı ve mahkeme arasında öyle bir hukukî münasebet kabul edilebilir ki, bu münasebete Bülow'un tâbiri ile [*] muhakeme hukuku münasebeti (Prozessrechtsverhaeltnis) denilmektedir. Âmme hukuku ile hususî hukuk bakımından hakları ve mükellefiyetleri tazammun etmekle kalmayarak aynı zamanda hukukî vaziyetleri, tekemmül etmemiş mükellefiyetleri, külfetleri ve tekemmül etmemiş hakları (ihtimalleri ve imkânları) ihtiva eden bu mefhum yardımı ile münferit usulleri bir vahdet, bir bütün olarak mülâhaza etmek ve bu sayede muhakeme içerisindeki teselsül gibi tezahürleri aydınlatmak imkânı hasıl olmaktadır. J. Goldschmidt Hukukî Vaziyet Olarak Muhakeme (Prozess als Rechtslage) adlı eserinde muhakeme hukuku münasebeti mefhumu yerine hukukî vaziyet (Rechtslage) mefhumunu ikame etmek istemekte ve bu suretle bu mefhum yardımı ile de vahdet tasavvuru muhafaza edilmiş bulunmakta ise de, hukuk münasebeti gibi renksiz bir mefhumu tercih etmek tavsiyeye daha ziyade şayandır, çünkü bu mefhum içerisinde hiç olmazsa 1933 tarihli zeyil kanundanberi kabul edilebileceği üzere tarafların doğruyu söylemek mükellefiyetleri gibi aslî hukuk mükellefiyetleri mündemiç bulunmaktadır. Usulî muameleler yolunda inkişaf etmekte olan muhakeme hukuku münasebetleri mümkün olduğu kadar çabuk nihaî hükme bağlanmak lâzımdır.

Medenî Usul Hukuku.

I. Medenî usul hukuku hukukî himayenin usulî şartları ile muhtevasına taallük eden tekmil hukuk kaidelerini ihtiva etmektedir. Bunlar arasında teşkilât karakterinde olanlarla (mahkemeler teşkilâtı «Gerichtsverfassung») medenî muhakeme usullerinin münferiden seyrini tayin eden kaideler mevcuttur. Kanun bu meyanda mahkemenin ve yardımcı adalet memurlarının (dosya memurları, icra memurları) pürüzsüz ve maksada uygun olarak muhakeme usulünün seyrini gerçekleştirecek surette hareket tarzlarını gösteren hükümleri tayin etmekle kalmayarak doğrudan doğruya taraflara müteallik kaideleri de ihtiva etmektedir. Ancak bu sonuncular kaideten mahkemeye ait talimat gibi emir mahiyetinde tanzim edilmiş olmayıp, bilâkis muhakeme hukukuna has olan

*) «Bülow» tanınmış Alman usulcülerindendir.

esaslara bağılı olarak tesirlerini icra edebileceklerdir. Taraflardan biri kanunun emrettiği şekilde hareket etmediği takdirde hâkim hasım tarafın talebi üzerine veya resen buna terettüp eden kararı ittihaz etmekle mükelleftir (meselâ muhakemeye gelmeyen tarafa gıyap kararı verecektir). Demek oluyor ki, medenî usul hukukunun muhakeme usullerinin tatbikinde tarafların çalışmalarını istihdaf edecek surette bizzat kendilerine hitab eden hükümleri kaide olarak vazifeler ihdas etmemekte, bilâkis hususî menfaat icabı mükellefiyetleri tazammun etmekte, haklar değil, bilâkis ihtimaller derpiş etmektedir.

Bütün bu mülâhazalara rağmen medenî usul hukuku mahkemeler teşkilâtı ve bunların devlet dahilindeki durumlarına ait kaideleri ihtiva etmekle beraber âmme hukukunun bir kısmı sayılamaz, medenî usul hukuku idare hukukuna müteallik hükümleri ihtiva etmekle beraber idare hukukunun bir kısmı olarak da nazarı itibare alınamaz. Medenî usul hukuku esas itibarile şahsın himayesine hadim olmakla beraber hususî hukukun bir kısmı da değildir; hususî hukukta haklar ve hakların şümulü tespit olunurken medenî usul hukukunda himayenin şartları ve himayenin muhtevası tayin olunmaktadır. Bu suretle medenî usul hukuku daha ziyade sözü geçen hukuk sahaları muvacehesinde geniş mânada âmme hukukuna dahil addedilebilen hukukun müstakil bir kısmını teşkil etmektedir.

II. Medenî usul hukuku diğer bütün hukuk sahalarında olduğu gibi âmir (mutlak), ihtiyarî (tefsiri, yetki verici) ve tamamlayıcı (subsidiær) hukuk kaidelerini ihtiva etmektedir. Âmir hukuk muhakeme sırasında âmme menfaatine ve her iki tarafın keyfî muamelelere karşı himaye edilmelerine hadimdir. Kanun metninde (mecburdur, mükelleftir) kelimeleri kullanılmamak veya muayyen bir hususun resen tahkikine dair hüküm bulunmamak (meselâ §§ 56, 341) yahut da tarafların ihtiyar edebilecekleri tasarrufların serbest bırakıldıkları sarîh olarak yazılı olmamak gibi (meselâ §§ 40, 424) tanzim şeklinin âmir karakteri tespit edilmediği hallerde hukuk kaidelerinin tatbikinin doğrudan doğruya âmme menfaati iktizasından veya sadece bir tarafın himayesine matuf olup olmadığının iyiden iyiye ve müstakil surette tetkiki iktiza etmektedir.

Muhakeme usulüne dair hükümlerin tefsirinde umumî kaideler tatbik olunmaktadır.

III. Alman Medenî Usul Kanununun terkihi.

Alman Medenî Usul Kanunu ilk yedi kitabında hüküm teorisini, sekizincide cebri icrayı, dokuzuncu kitabında madde itibarile ihtilâfsız kazaya dahil olan gaiplik usulünü, onuncu kitapta tahkim usulü muhake-

mesini tanzim etmektedir. Dokuzuncu ve onuncu kitaplar gibi beşinci ilâ yedinci kitaplar özel usulü muhakeme nevilerine tahsis edilmiştir; beşinci kitap senet ve poliçe usulü muhakemelerine, altıncı kitap aile hukuku münasebetlerine, ana baba ile çocuklar arasındaki nizalara ve haciz işlerine, yedinci kitap ilâmsız takip usullerine tahsis olunmuştur. İkinci kitap ilk derece usulü muhakemesini, yani ilkin asliye mahkemeleri önünde, müteakiben nevama buna mülhak olarak sulh mahkemelerinde tatbik olunan usulü muhakemeyi, üçüncü kitap kanunî müracaat yollarını, dördüncü kitap ise muhakemenin iadesini mevzuubahs etmektedir. Bu kitaplarda kanunî tanzim esas itibarile — muayyen fasıllara inkisam etmek üzere — her usulü muhakemenin zaman itibarile seyrini, yani usul münasebetinin husule gelişini, değişmesini ve nihayetlenmesini takip ederken, birinci kitap umumî bir kısmı (einen Allgemeinen Teil) ihtiva etmektedir. Burada yalnız her medenî muhakeme usulünün müessesesevî (enstitüsyonel) ve şahsî (personel) şartları düzenlemekle kalınmamakta, bilâkis aynı zamanda aritmetikteki mutaraza, parantez harici kılmaya benzer şekilde muayyen maddî vakıalar muhakeme seyrinin zaman itibarile olan irtibat ve münasebeti dışına alınmakta, kezalik mefhum itibarile de tertiplenmekte ve müteakip kitaplar için peşinen bahis mevzuu edilmektedir. Umumî kısım üç bölüm halinde mahkemeleri (Gerichte), tarafları (Parteien) ve usulü muhakemeyi (Verfahren) bahis mevzuu etmektedir. Bu kısım, muhakemelerin teşkilâtile kalmayarak aynı zamanda, usulü muhakemenin mühim bahislerini (muhakeme inzibatı, aleniyet müzakere ve reye koyma) düzenleyen müstakil mahkemeler teşkilâtı kanunu ile tamamlanmaktadır. Sözü geçen kanun bundan maada hemen hemen eksiksiz olarak mahkemelerin madde itibarile salâhiyetlerine müteallik kaideler de ihtiva ettiği cihetle salâhiyetin madde ve mahal itibarile tanzimi hususları iki kanuna inkisam etmektedir.

Medenî Usul Hukukunun Tarihi Tekâmülü.

Medenî usulün bünyesi esas itibariyle teknik kaideleri tazammun etmekte bütün hukuk gibi o da muayyen bir kültür seviyesine bağlı bulunmaktadır; medenî usul bu noktadan kültür inkişafının tarihi teselsülüne iştirak etmekte ve ancak bu inkişafı birlikte tamamen izah olunabilmektedir. Bu suretle tebarüz eden tarihi müşahedenin müspet bilgi veren ehemmiyetine burada hacim fıkdanı dolayısıyla ancak işaret olunmakla iktifa edilebilmekte; daha evvelki usulü muhakeme şekillerinin dayandığı esas fikirler yine aynı sebeple yalnız alman medenî usul

hukukunun bugünkü durumuna âmil oldukları derecede belirtilmiş bulunmaktadır. Avrupa fikir tarihinin umumî gidişi gözönünde tutulmak suretiyle böylece gösterilecek şekil şeması tarihî realitenin canlı tablosu halinde tamamlanmak istenildiği takdirde bunun zati çalışmalarına terk ve havalesi lâzım gelmektedir.

Bibliyografya kısmında gösterilen eserler başvurulması gereken yardımcı vasıtaları vermektedir.

A. Klasik Roma Medenî Usul Hukuku ve Cermenlerde Takip Edilen Hukukî Yol.

Eski medeniyet kademeleri kendi kendine ihkakı hak fikrine bağlı olmakla beraber zorla tahakkuk ettirilen kendi kendine ihkakı hakkın âmme menfaati bakımından tahdidi gayesini istihdaf etmektedir. Bu gayeye giden yol tahkim usullerine benzer şekiller irae etmekte; yani ihtilâfa düşenlerin bu ihtilâfı zorla halletmekten feragat ederek dâvalarını itimada şayan ellerde hallettirmek hususunda hukuk kaidelerine uygun şekilde anlaşmalarından ibarettir. Bu meyanda âmme iktidarının vazifesi herşeyden önce şekil merasimine riayeti temin etmekten ibaret ise de otoritesinin ehemmiyeti icabı verilecek kararın muhtevası üzerinde de tesir ettiği görülmektedir. Bu tarihî safha klâsik roma usulü muhakemesinde olduğu kadar cermen usulü muhakemesinde de idrak edilmiştir.

I. Klâsik roma hukuk usulü muhakemesi (ordo judiciorum privatorum), oniki levha kanunu devrinden itibaren tedricen tekemmül edip ancak milâttan sonra dördüncü asırda şeklen kaldırılan, fakat principatus devrindenberi (extraordinaria cognitio) vasıtasıyla yeniden kabul edilen bu usul iki kısma ayrılmış olmakla vasıflanmaktadır: Pretör önünde ilk tahkik usulü muhakemesi (in jure) ve pretör tarafından tarafların postulatio'su üzerine tayin olunan hâkim (judex) huzurunda (in judicio) usulü muhakemesi.

İki tekamül safhasını birbirinden ayırmak lâzımdır:

Tercüme eden:

N. Berkin

Rudolf Bruns