

"ANAYASANIN MEDENİ USUL HUKUKUNA ETKİSİ" (1983 Milletlerarası Usul Kongresinin Bir Konusu)

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA*

1. Medeni Usul Hukuku alanında, Medeni Usul ile Anayasa arasındaki ilişki, üzerinde fazla durulmuş bir konu değildir. Bunun bir sebebi de belki medeni usul hukuku ile Anayasa hukuku arasındaki ilişkinin, bu sonuncusu ile ceza usulü arasındaki ilişki kadar göze çarpıcı olmamasıdır¹. Alman hukukunda 1970 lerden sonra bu alandaki incelemelerin sayısı artmış ve mesele çeşitli yönlerden ele alınmıştır².

Problemin kazandığı önem, bu yazının başlığı ile ifade edilen konunun 1983 sonbaharında Alman Federal Cumhuriyetinin Würzburg şehrinde toplanacak olan Milletlerarası Usul Kongresinin³ konularından biri olarak ele alınması ile vurgulanmıştır. Konunun genel raportörlüğünü Erlangen-Nürnberg Üniversitesi Medeni Hukuk ve Medeni Usul Hukuku Enstitüsü Müdürü Profesör Dr. Karl Heinz Schwab yapacaktır. Türk Milli raporunun hazırlanması hususu da bana teklif edilmiştir.

Anayasa ile medeni usul hukuku arasındaki ilişki konusu bugün Türkiye açısından özel bir önem de taşımaktadır. Gerçekten yapılan incelemelerde mevcut bir Anayasanın Medeni Usul Hukukuna etkisi noktasından yola çıkılmaktadır. Yurdumuzda ise yeni bir Anayasa hazırlanıyor. Bu durumda Medeni Usule etkisi sözkonusu olacak anayasal hükümlerin yaratılması söz konusudur.

Diğer taraftan Türkiye son zamanlarda Medeni Usul alanında yoğun sayılabilecek bir kanunlaştırma hareketini de yaşamıştır⁴.

Bu kanunlaştırma hareketlerinin Anayasa ile ilişkisi konunun bir cephesini oluşturmak-

tadır. Ancak yeni Anayasanın kabulüne kadarki süre bakımından anayasal düzenimiz özellik arz etmektedir: 27.10.1980 tarih ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanunun 6 ıncı maddesi uyarınca Millî Güvenlik Konseyinin Bildiri ve Kararlarında yer alan ve alacak olan hükümlerle Konsey tarafından yayımlanan ve yayımlanacak olan kanunların

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1) Bkz. ARENS Peter, *Die Grundprinzipien des Zivilprozessrechts, Humane Justiz, Hannover 1977, 7.*

2) Bu konudaki çalışmalardan bazıları şunlardır :

WASSERMANN Rudolf, *Der Soziale Zivilprozess, Neuwied-Darmstadt 1978, 68-96*; LORENZ Dieter, *Grundrechte und Verfahrensordnungen, Neue Juristische Wochenschrift, NJW (1977), 865-872*; KLOEPFER Michael, *Verfahrensdauer und Verfassungsrecht, Juristenzeitung 52 (1979), 209-216*; STÜRNER Rolf, *Die Einwirkungen der Verfassung auf das Zivilrecht und den Zivilprozess, NJW 1979 2334-2338*; GILLES Peter, *Zum Bedeutungszuwachs und Funktionswandel des Prozessrechts, Juristische Schulung JuS, (1981) 403-408, ayrıca bkz. 1 no.lu dip notda belirtilen makaleye,*

3) *Wissenschaftliche Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht, Verfahrensrechtsergleichung und Schiedsgerichtswesen e.V.*

4) 2461 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu, 2462 sayılı Kanun, Harçlar Kanununda değişiklik yapan 2345, 2366, 2430, 2403 sayılı kanunlar, 2345, 2366, 2430, 2403 sayılı kanunların bazı maddelerinin değiştirilmesi bu kanuna yeni maddeler eklenmesi hakkında 2494 sayılı kanun gibi.

1961 Anayasası hükümlerine uymayanları Anayasa değişikliği hüküm ve kuvvetinde olacaktır. Bu geçici dönem açısından, medeni usul hukukundaki kanunlaştırma hareketlerinin de anayasa hükümlerine göre denetimi probleminin ortaya çıkmayacağı belirmektedir (2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun madde 3)^{4a}. Buna mukabil bu dönem içinde de, daha evvel yürürlüğe girmiş medeni usul hukuku normlarının anayasal denetimi söz konusu olabilecek (1961 Anayasası madde 151-152) yürürlükte olan Anayasa hükümleri yargı organlarını bağlayacaktır (1961 Anayasası m. 8).

Bu yazıda mesele bütün cepheleri ile incelenecek değildir. Amaç, anayasa ile medeni usul ilişkisinin hangi çerçevede içinde ele alındığını ve bu arada yukarıda belirtilen Milletlerarası Usul Kongresinde sunulacak raporların ana hatlarını belirtmektir.

2. — Mesele genellikle, ilk olarak anayasalarda yer alan "hukuk devleti" kavramı (1961 Anayasası m. 2) açısından ele alınmaktadır. Bir anayasanın "hukuk devleti"ni kabul etmesinin medeni usul açısından da önemli sonuçları olacaktır ve bunlardan bir kısmı da Anayasalarda pozitif olarak yer almaktadır. Bu alanda bazı önemli noktalara değinmek gerekirse,

a) Bir kere hukuk devletinde hâkimin kanun ile bağlılığı ilkesi mevcuttur (bkz. 1961 Anayasası m. 132). Bu günün hâkiminin amaçsal yorum yapan⁵ kanunun tanıdığı takdir hakkını kullanan ve hukuk yaratan (MK. 1) bir kişi olması kanunla bağlılık ilkesini değiştirmemiştir. Hakim contra legem bir yargı faaliyeti gösteremez⁶.

b) Hukuk devletinin medeni usul açısından önemli olan diğer bir ilkesi "kanuni hâkim" (tabii hakim) ilkesidir (1961 Anayasası m. 32, mahkemelerin kuruluş görev ve yetkileri de kanunla tesbit edilebilir, m. 136). Bu ilkenin, medeni usul hukukunun bazı teknik meselelerinde dikkate alınmasının söz konusu olabileceği kabul edilmektedir. Meselâ dava şartlarının ve ilk itirazların incelenmesinde hangi sıranın dikkate alınacağı problemi bir örnektir. Mahkeme ilk önce kendi geniş manada yetkisini inceleyecek ve kanuni hakim olduğunu kabul ettik-

ten sonra diğer hususların incelenmesine geçecektir^{7 8}.

Birden fazla Asliye Hukuk Mahkemesi arasında işlerin paylaşılmasının Adalet Bakanlığınca yapılacağı yolundaki hüküm (469 sayılı Kanunun 2 inci maddesinin 3 üncü cümlesi) Anayasa Mahkemesince kanuni hakim ilkesine de aykırı görülerek iptal edilmiştir^{9 10}.

4a) Anayasa Mahkemesi Kararı 26.11.1981, 15/25 (RG. 5.1.1982, s. 17565).

5) "Kanunların uygulanmasında söze öncelik yerine öze değer verilmesi, yani dar yoruma değil amaca göre voruma gidilmesi lazımdır. Yorumlamada da tarihi gelişim ve sosyal değişimlere geniş ölçüde yer verilmesi asıldır. Aksi takdirde dar yorum, çok def'a hak duyularının örselenmesine ve kanun koyucunun güttüğü amacın zedelenmesine yol açar" 2 HD 17.1.1974 E. 186 K. 213 (YKD Şubat (1975) 52-54).

6) ARNDT Adolf, Gesetzesrecht und Richterrecht, NJW 1963 s. 1280; REDEKER Konrad, Legimation und Grenzen richterlichen Rechtsetzung NJW (1972), 409 ve son; WASSERMANN, (dn. 2), 79.

7) ARENS (dn. 1), 8, kanuni hakim ilkesinin, dava şartları arasında bir ayırım yapılamıyacağı, hepsinin aynı değerde oldukları ve tetkik açısından aralarında herhangi bir sıranın da söz konusu olamayacağını savunan RIMMELSPACHER'in görüşüne (Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess, 1968) karşı olduğunu belirtmektedir.

8) KLOEPFER, makul bir süre içinde hüküm verilmesi hususunu da bu ilke içinde mütalaa etmekte ve bu sebeple yargılamanın çok uzun süre devamına yol açan hususları bu ilkeye aykırılık olarak mütalaa etmektedir (dn. 2, 213 ve son); yazar bu hususun sosyal devlet ilkesini de ilgilendirdiğini belirtiyor, (dn. 2, 212).

9) 7.4.1977 tarih ve 4/45 sayılı karar (RG. 11.6.1977 sayı 15963).

10) Nitelikleri ve tarafları açısından özellik taşıyan tavalara bakmak için genel mahkemeler yanında, tapulama mahkemeleri gibi özel mahkemeler kurulabilir. Bu mahkemeler, belli bir veya birkaç kişiye ilişkin belli davaları görmek için mahkeme kurulamayacağı yolundaki yasağın şumulüne girmez (HGK. 25.12.1963, 4/169-105, Adalet Dergisi 1964/3-4 s. 419-424 (422-423); aynı mealde HGK. 8.3.1964, 4/729-30, Son İçtihatlar 1965/208 s. 6320-6327 (6326).

c) Hukuk devletinde yargılamayı yürütecek olan hakimin tarafsız ve bağımsız olması gerekir (1961 Anayasası m. 132).

Usul Kanunları, tarafsız olmayan hakim davaya bakmasını engelleyecek imkanları vermelidir (HUMK 28-35). Burada önemli olan nokta medeni usulün sosyal niteliği ile tarafsızlık kavramının bağdaştırılmasında ortaya çıkan hassas dengedir. Gerçekten, zayıf olanın kazandırılması şeklinde değil, fakat davanın inşasında veya savunmada zayıflığından ötürü yapacağı yanlışlar dolayısı ile tarafın zarar görmemesi açısından belirli ölçüler içinde görevlendirilmiş olan hâkim (HUMK. 25 f. II ve III) görevini tarafsızlığını kaybetmeden yapacaktır. (HUMK. m. 29)¹¹. Bu görev devletin "sosyal" karakteri ile de ilgili görülmelidir¹².

Anayasalar genellikle hakimlik mesleğinin özelliklerini (1961 Anayasası m. 134), diğer devlet organları karşısında bağımsızlıklarının nasıl sağlanacağını (1961 Anayasası m. 132) ve teminatlarını da düzenlemiştir (1961 Anayasası m. 133, Alman Anayasası Art. 97).

1961 Anayasasının 143 üncü maddesi ile adliye mahkemeleri hakimlerinin özlük işleri hakkında karar vermek üzere Yüksek Hakimler Kurulu'nu kabul etmişti. 13 Mayıs 1981 tarih ve 2461 sayılı kanunla bu kurul kaldırılmış ve "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu" teşkil edilmiştir¹³. Bu kanunla 45 sayılı Yüksek Hakimler ve Savcılar Kurulu Kanunu da yürürlükten kaldırılmıştır. Aynı tarih ve 2462 sayılı Kanun ile de hakimler idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlanmıştır¹⁴. Bu kanunla da Hakimler Kanununun, 74, 79 ve 80 inci maddeleri değiştirilmiş ve bazı maddeler eklenmiştir. Bu kanunlarla getirilen düzenlemelerin, bu arada Adalet Bakanlığı Müsteşarı ile, Özlük İşleri Genel Müdürünün Hakimler ve Savcılar Kurulunda görev yapmalarının ve hakimlerin idari görevleri yönünden Adalet Bakanına bağlanmalarının hakimlerin bağımsızlığı ve teminatları ilkelerine aykırı olduğu savunulmuştur¹⁵.

d) Yargı faaliyetinin mahkemeler eliyle yürütüldüğü hukuk devletinde herkes

mahkemelere başvurarak¹⁶ iddiada ve savunmada bulunabilir. Mahkemeler bu başvuru üzerine davaya bakmaya mecburdur (1961 Anayasası m. 31). Başvurunun tanınmasına rağmen, medeni usul mevzuatı ile şartlarının çok ağırlaştırılması bu prensibe aykırılık olacaktır¹⁷.

e) Mahkemeler önündeki yargılama kurallarının belirli olması, yani yargı organı önünde olan kişilerin yargılamanın ileriki şekli ve cereyanını önceden hesap edebilmeleri mümkün olmalıdır (Berechenbarkeit des Verfahrens). 1961 Anayasasının 136 ıncı maddesinde mahkemelerin işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenlenmesinin ön görülmesi bu hesaplanabilirliğin bir gereğini de teşkil etmektedir.

f. Anayasalar, yargı organları önündeki yargılama açısından da hukuk devleti ilkesi icabı olan esaslar tesbit ederler: İstisnalar dışında duruşmaların aleni olması (1961 Anayasası m. 135), yargılamaya katılanların dinlenme (istima edilme, Rechtliches Gehör) hususundaki hakları (HUMK 73)¹⁸ bunun örnekleridir.

3. — Anayasa, Devleti "Sosyal Devlet" olarak da nitelemiş bulunduğu göre bu

11) bkz. ALANGOYA Yavuz, *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına ilişkin ilkeler*, 1979, 89, 133 ve son (156).

12) bkz. (dn. 3).

13) RG. 14.5.1981 sayı 17340.

14) Dn. 13 deki RG.

15) Bkz. hepsi yerine KURU Baki, *Medeni Usul Hukuku Ders kitabına ek kitap*, Ankara, Ekim 1981, 11-12.

16) Burada bu başvuru açısından mevcut görüş ayrılıkları üzerinde durulmayacaktır. Bir görüşe göre haktan avrı olarak ve davanın açılmasından evvel lehe hüküm verilmesi içeriğine sahip ve hasma ve mahkemeye yönelik bir "hukuki himaye talebi" (Rechtschutzanspruch) sözkonusudur. Diğer görüş böyle bir talebin varlığını reddediyor. Buna göre herkes Devletin kurduğu ve görevli kıldığı yargı organına müracaatla, yargılama yapmasına ilişkin ve devlete yönelik bir isteme sahiptir (Justizanspruch) bkz. hepsi yerine ROSENBERG/SCHWAB, *Zivilprozessrecht* 13 Auflage, 1981 § 3, 11-15.

17) bkz. LORENZ, s. 873.

hususun medeni usul hukuku açı ndan etkileri neler olabilir?

Burada hukuk devleti'nin medeni usul hukuku ile ilişkisinin, tesbitindeki nisbi kolaylığın bulunmadığı kabul edilmelidir. Zira hukuk devletinin medeni usul hukukundaki etkileri çoğunlukla anayasada yer almıştır. Diğer bir deyişle bu etkiler hukuk devletinin tarifinin unsurlarını teşkil etmektedir. Hukuk devleti kapsamında mesele çoğu kere bu anayasal kuralların hangi durumlarda ihlal edilmiş sayılacağından tesbitinden ibaret kalıyor.

Anayasada yer alan, "Sosyal Devlet" ilkesi açısından ise, etkisinin tesbitinden evvel "sosyal"ın ne ifade ettiğinin tesbiti önemli olmaktadır. Sosyal devletin bir incelemesinin yapılarak bir tarife varılması, amacı, anayasa ile medeni usul arasındaki ilişkiyi tebarüz ettirmek olan bu yazının sınırlarını aşar¹⁹.

Bu bakımdan biz, medeni usul hukukunda sosyal devletin etkisi olarak nitelenen bazı hususlara değinmekle yetineceğiz.

Yargı mercilerine müracaatın parasal şartlara bağlanması (yargılama giderleri) sosyal devlet ilkesi ile ilgili görülmektedir. Milletlerarası Usul Kongresinde, genel rapor-törlükçe tavsiye edilen çalışma planında bu hususa işaret edilmektedir. Gerçekten yargıya müracaatın ağır parasal şartlara bağlı tutulması ekonomik açıdan zayıf olan fertleri, haklarını dava yolu ile aramaktan caydırabilir ki, bunun sosyal devlet anlayışı ile bağdaşmadığı söylenebilir.

Alman hukukunda, yargılamada şifahilik prensibinin, sosyal açıdan zayıf olanlar bakımından, yazılılık prensibine göre sosyal devlet ilkesine daha uygun olduğu savunulmuştur²⁰.

Medeni Usulün "Magna Charta"sı olarak adlandırılan²¹ hakimin aydınlatma ödevi (HUMK. m. 75/II, Alman Usul Kanunu § 139/1; Avusturya Usul Kanunu § 182) bir tarafın ekonomik ve sosyal zayıflığı dolayısı ile davayı kaybetmesini önlemek için öngörülmüş en önemli düzenlemelerden biridir²².

Davaların, sonuçta elde edilecek hükmün yararını ortadan kaldıracak kadar uzamasına

sebebiyet veren medeni usul hukuku kurallarının sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmayacağı da belirtilmiştir²³.

Bu bakımdan yargılamanın yürütülmesinde tarafların iradesine tam üstünlük veren düzenlemelerin bu uzamaya yol açacağı bunun da sosyal hukuk anlayışı ile bağdaşmayacağı kabul edilmektedir²⁴.

18) *Alman Anayasasında Art. 103 de sarıh olarak yer alan bu ilkenin 1961 Anayasasının 31 inci maddesinde mündemiç olduğu kabul edilmek gerekir.*

19) *Bkz. AZRAK Ülkü, Sosyal Devlet ve 1961 Anayasasının Sistemi, İHFM XXVII Sayı 1-4, 208-224; Sosyal Devlet, Reşat Kaynar'a Armağan İst. 1981, s. 7-16; GÖZE Ayferi, Sosyal Devlet Sistemi, İst. 1976; Liberal, Marksist, Faşist ve Sosyal Devlet Sistemleri 2. bası 1980.*

20) *WASSERMANN (dn. 2) 89).*

21) *Bkz. BAUMBACH / LAUTERBACH / HARTMANN, Zivilprozessordnung (35) § 139, 1, A, 351, 352.*

22) *Bkz. dn. 11; Temyiz mahkememiz çok isabetli olarak, konunun lafzına rağmen burada bir görevin söz konusu olduğunu kabul etmektedir: 1 HD. 26.12. 1977 E. 1977/12813 K. 1977/12827 (YKD. Nisan 1978 s. 523-524); TD. 22.10.1964, E. 2929 K. 3285 (BATIDER 965/III 2 s. 306).*

23) *Bkz. dn. 8 ve dn. 19.*

24) *ÜSTÜNDAĞ, Saim, HUMK nu değiştiren 1711 sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu hakkında Sempozyum, 1976, İkinci gün tartışmaları, s. 124-128; yargılamanın sevindeki prensiplerin tarihsel ve mukayeseli gelişimi için bkz. aynı yerde Alangoyanın fikirlerine s. 88-94; yargılamanın yürütülmesi açısından hakim ve vekaletlilere üstünlük tanıma hususundaki anlayış şeklinin sosyal devlet anlayışı ile bağdaşmayacağı, sosyal devlette bu alanda bir hakimiyetten değil taraflar ve hakim arasında bir işbirliğinin (Arbeitsgemeinschaft) bulunması gerektiği ve böyle bir usul modelinin sosyal devlet anlayışına uygun düşeceği de savunulmaktadır, bkz. WASSERMANN s. 87, 88; vazar ayrıca, bugünkü medeni usul yargılama sisteminin vatandaş için ceza usulüne göre daima nüfuz edilmesi daha zor bir yargılama olduğunu, nüfuz edilmesi zor bir şekle bağlılığın hakim olduğunu ve kullanılan lisanın basit fert tarafından anlaşılmaz bulunduğunu ve bu manzaranın da sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmadığını söylemektedir, s. 92-94.*