

# MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA HAKİMİN ROLÜ

(The Role of the Judge in Civil Proceeding)

Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM\*

## ÖZET

Medeni yargılama hukukunda klasik ilkeler liberal dünya görüşüne dayanmaktadır. Günümüzde medeni yargılamanın işlevi anayasa hukuku kaynaklı adaleti temin talebi ile açıklanmaktadır. Modern usul hukuklarında yargılamanın hızlandırılması amacıyla da hakimin etkinliğini artıran hükümler getirilmiştir. Davada tarafların rolü ve yargılamanın hızlandırılması bir gerilim ilişkisi içerisinde. Çalışmada usul ilkeleri bu açıdan ele alınmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Adaleti temin talebi, Çelişmeli sistem, Tasarruf ilkesi, Taraflarca getirilme ilkesi, Resen hareket ilkesi, Resen araştırma ilkesi, Hâkimin rolü, Tarafların hâkimle işbirliği ilkesi, Hakimin aydınlatma ödevi.

## *Abstract*

The classical principles of civil justice law rely on liberal opinion. The function of civil procedure law is explained through protecting human rights and access to justice. In modern civil law proceedings, for the purpose of speeding up the proceedings, the provisions allowing the intervention of the judge at the trial have been established. In the trial it is a tension between the role of the parties in the trial and the acceleration of the procedure. In this study the procedural principles in this framework were examined.

**Keywords:** Protecting human rights and access to justice, Adversarial system, Case management, The principle of disposition-Party control over the scope and nature of the proceedings, Ex-officio action principal, Division of responsibility for assertion and proof of facts between parties and court, The principal of cooperation with the judge, The judge's responsibility to give hints and feedback.

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

## I. Usul İlkeleri Hakkında Genel Olarak

Medeni yargılamaya hakim olan ilkeler, medeni yargılama hukukunun özünü oluşturmaktadır.

Medeni yargılamada ilkeler ile irtibatlı olan medeni yargılamada hâkimin rolü, daha önce Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde “İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku Konferansları”<sup>1</sup> kapsamında, Alman Hukukçu Prof. Dr. Eberhard Schilken tarafından 1.4.1999 tarihinde tebliğ olarak sunulmuştur. Konu daha sonra Türk literatüründe bir kısım monografik çalışmalarda da ele alınmıştır. Bilindiği üzere, İsviçrenin Nöşatel Kantonu’nun 7 Nisan 1925 tarihli Medeni Usul Kanunundan iktibas edilen 4 Temmuz 1927 tarih ve 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu (HUMK) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (yürürlük tarihi: 1 Ekim 2011) ile ilga edilmiştir.

Bu çalışmamızda mukayeseli hukuk ışığında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) çerçevesinde hâkimin rolü üzerinde durulacaktır.

Medeni usul ilkeleri kural olarak bir hukuk yargılamasında usuli sorunları düzenlemektedir<sup>2</sup>. Bu ilkeler medeni yargılamanın en önemli normatif kurallarıdır<sup>3</sup>.

Medeni yargılamada klasik rol ve ödev dağılımı ilk kez 12. yüzyılda İtalyan hukukçular tarafından geliştirilmiş ve böylece taraflarca getirilme ilkesinin temelleri atılmıştır<sup>4</sup>.

Usul ilkeleri hakim ve taraflar arasındaki ödevleri paylaştırmakla birbirlerine karşı durmaktadırlar<sup>5</sup>. İsviçre’de bunlar zıt eşler olarak anılmaktadır<sup>6</sup>.

Klasik yargılama ilkeleri tasarruf ilkesi, resen hareket ilkesi, taraflarca getirilme ilkesi ve resen araştırma ilkesidir<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> İlkeler Işığında Altında Medeni Yargılama Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2016, s. 39-60 (tebliğin Almanca nüshası: Die Rolle des Richters im Zivilprozess, In: Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen, Hrsg. M.Kamil Yıldırım, İstanbul 2001, S.36 ff.)

<sup>2</sup> Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2007, Rdnr.264; KuKo ZPO-Oberhammer, vor Art.52-58, Rdnr. 1 ff.; Schilken, Zivilprozessrecht, 7. Auflage, München 2014, Rdnr. 338.

<sup>3</sup> Spühler/Dolge/Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, 5. Kapitel Rdnr.1

<sup>4</sup> Lienhard, A., Die materielle Prozessleitung der schweizerischen Zivilprozessordnung, 2013, S.13. Verhandlungsmaxime kavramı Doktrinde Gönner’in 1804 tarihli “Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses” (2. Aufl.) eserine dayandırılmaktadır.

<sup>5</sup> Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht, 7.Aufl. (2010) Rdnr.400.

<sup>6</sup> Berti, Einführung schweizerische Zivilprozessordnung, 2011, Rdnr.307. Verhandlungsgrundsatz- Untersuchungsgrundsatz (Art. 55), Dispositionsgrundsatz - Offizialgrundsatz (Art. 58).

<sup>7</sup> Sutter-Somm, (dn.2) Rdnr.266. Sözlülük ilkesi için de bkz: Leipold, Verfahrensbeschleunigung und Prozessmaximen, FS Fasching (1988) S.329 ff, 332.

Mukayeseli hukukta ilkeler tanınmaktadır<sup>8</sup> ancak bunların sınırları değişiktir ve tartışmalıdır.

Hakim ve tarafların gücünün dengelenmesi çok önemlidir<sup>9</sup>.

HMK'nın tasarı dönemi ile ilgili olarak şu bilgi verilebilir: İlkeler bakımından HMK tasarısında medeni usul hukukunun amacı ve bu alanın sosyal karakteri yeterince değerlendirilmemiştir, keza bu alandaki gelişmeler yeterince dikkate alınmamıştır ve yargılamanın hızlandırılması dışında bir gelişmeye gereken önem atfedilmemiştir<sup>10</sup>.

İsviçre'de Kantonal Usul Kanunları için geleneksel bir unsur teşkil eden kanuni katalog, 1086 sayılı HUMK'da "iki tarafın hak ve vazifeleri" başlığı altında yer almış iken, buradaki ilkeler bu kez 6100 sayılı HMK'da "yargılamaya hakim ilkeler" başlığı altında ve madde başlıklarıyla düzenlenmiştir (m.24-33). Sadece doğruluk ödevi HMK da yeni bir madde olarak düzenlenmiştir (m.29).

Bu hale göre, HMK'daki ilkeler katalogu eksik kalmıştır, teksif ilkesi (m.141), delillerin serbestçe değerlendirilmesi (m.198), ispat hakkı (m.189) ve doğrudanlık ilkesi ilkeler arasında sayılmamıştır<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Bkz. D. Leipold, (dn.7) S. 330. Usuli ilkelerin değeri için bkz. Baur, vom Wert oder Unwert der Prozessrechtsgrundsätze, in Carnacini FS I ( 1984) S.27 ve Stürner, Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZZZ 99 ( 1986) S.291 f.

<sup>9</sup> F. Baur, Parteirechte und Richterpflichten im modernen Zivilprozess –Wandlungen und Erfahrungen, FS Kralik, Wien 1986, S.75-82.; R.Stürner, Schweizerischer Zivilprozess und europäischer Prozesskultur, GS. Arens, 1993, S.399 ff., 407.

<sup>10</sup> Aynı görüşte: Alangoya/Yıldırım/Deren- Yıldırım, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2006, S.32-35, 79 ff.; Deren-Yıldırım, Nevhis, Das neue türkische Zivilprozessgesetz, Informationsbrief der Deutsch-Türkischen Juristenvereinigung Jhrg.21, Nr.2/2012, S.3-14.

İktibasın gelişimi için bkz.: Deren- Yıldırım, Nevhis, Ein allgemeiner Überblick über das türkische Recht, in: Waseda Proceedings of Comparative Law, Volume, 7 January-December 2004, Institute of Comparative Law Waseda University, S.59-70, ve in: Zivilverfahrensrechtliche Probleme des 21. Jahrhunderts, Hrsg.: Schilken/Deren-Yıldırım/Yıldırım, 2006 Remscheid, S.157-168.

Yıldırım, Kamil, Ein allgemeiner Überblick über den türkischen Zivilprozess; in: Waseda Proceedings of Comparative Law, Volume 7, January-December 2004, S. 71-90.

Özkaya-Ferendeci, Ö., Ein allgemeiner Überblick über die Reformierung der türkischen Zivilprozessordnung, ZZZInt 16 (2011), S.295 ff.

<sup>11</sup> İsviçre'de de ilkelere dair katalog eksiktir, kantonal kanunlardan federal kanuna geçişte yaratıcı hükümler görülmemektedir bkz KuKo ZPO-Oberhammer, (dn. 2) vor Art.52-58, Rdnr.2,3. Mahkemenin aktifliği anlamında davanın sevki hakkındaki usulü işlemler için bkz. Art.124 I ve II Rdnr. 3.

İsviçre Medeni Usul Kanununda (Die schweizerische ZPO) Yargılama ilkeleri sırasıyla: Handeln nach Treu und Glauben (Art. 52), Rechtliches Gehör (Art. 53), Öffentlichkeit des Verfahrens (Art. 54), Verhandlungs-und Untersuchungsgrundsatz (Art. 55), Gerichtliche Fragepflicht (Art. 56), Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57), Dispositions-und Offizialgrundsatz (Art. 58)'dan ibarettir.

İlkeler işlevleri açısından farklıdır ve kendi aralarında gruplara ayrılabilir, bazı ilkeler taraflar için ödevler getirmektedir (doğruluk ödevi, teksif ilkesi), diğerleri ise taraflara haklar vermekte ve aynı zamanda mahkemeye ödevler yüklemektedir. Bunlar hukuki dinlenme hakkı, aleniyet ilkesi, hakimin araştırma ödevi, mahkemenin soru sorma ve işaret etme ödevi, hakimin hukuku resen uygulaması<sup>12</sup>.

Bazı ilkeler mahkemenin takdir hakkını kullanmasında önemli rol oynamaktadır. Bu açıdan her bir ilke farklı bir düzenleme getirmektedir. İlkeler mahkemeye takdir alanını somutlaştırmada genel esasları vermektedir: doğruluk ödevinin uygulanmasında, hukuki dinlenme hakkında, resen araştırma ilkesinde, soru sorma işaret etme ödevinde, hakimin hukuku resen uygulamasında, tasarruf ilkesinde ve resen hareket etme ilkesinde<sup>13</sup>.

Mahkemelerin serbest bir takdir alanına sahip olması, davanın yönetilmesi bakımından büyük öneme sahiptir. Hukuk tarihi ve mukayeseli doktrin ortaya koymaktadır ki, hakimin işlemlerini, tasarruflarını tam ve detaylı olarak düzenlemek mümkün olamamıştır<sup>14</sup>.

Mukayeseli hukukta ilkelerin gruplandırılmasında bazı kriterler ortaya çıkmaktadır. Hakim ve taraflar arasında ödev dağılımı içeren ilkeler; Adil yargılanma bakımından önem taşıyan ilkeler ve usuli işlemleri düzenleyen ilkeler gruplandırması yapılmaktadır<sup>15</sup>.

Avusturya'da ilkeler iki ana grupta ele alınmaktadır. Birinci grupta, medeni yargılamada işbirliği ilkeleri ( tasarruf ilkesi ve yumuşatılmış resen araştırma ilkesi); İkinci grupta, adil yargılanmanın usuli ilkeleri yer almaktadır. İkinci grupta sözlülük, doğrudanlık ve aleniyet ilkeleri yanı sıra yargılamanın hızlandırılması ilkesi ve tarafların dinlenmesi ilkesi bulunmaktadır<sup>16</sup>.

Almanya'da spesifik usuli ilkeler (tasarruf, taraflarca getirme, sözlülük ve doğrudanlık ilkesi) ile mahkeme teşkilatı hukukuna ilişkin ilkeler (alenilik, yoğunlaştırma ilkesi, delillerin serbestçe değerlendirme ilkesi) ve usuli temel haklar (hukuki dinlenme hakkı, tabii hakim ilkesi, adaleti temin (Justizgewaehrung), adil yargılanma, usuli silahların eşitliği ilkesi)<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> KuKo ZPO-Oberhammer, (dn. 2) vor Art.52-58, Rdnr.8.

<sup>13</sup> KuKo ZPO-Oberhammer, (dn. 2) vor Art.52-58, Rdnr.9.

<sup>14</sup> KuKo ZPO-Oberhammer, (dn. 2) vor Art.52-58, Rdnr.1-9.

<sup>15</sup> Spühler/ Dolge/ Gehri, (dn. 3) 5. Kapitel S.89.

<sup>16</sup> Rechberger/Simotta, (dn. 5) Rdnr.399 ff.; Rechberger, Die Verfahrenskonzentration im österreichischen Zivilprozess, in: Yıldırım (Hrsg), Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen (2001) S.1-14. Bu makalenin Türkçe çevirisi için bkz. Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 8. Baskı, s. 1-16.

<sup>17</sup> Meller-Hannich, Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren, 2011, Rdnr. 49-128.

Yargılama ilkeleri bir hukuk davasında yargılama ile ilgili soruları esaslı biçimde düzenler. İlkeler düzenli ve adil yargılama süreci için garantördür ve geniş anlamda hukuki güvenlik ve hukuki barışa hizmet eder. Kısaca, ilkeler kim ne zaman, nasıl davranmak zorundadır?” sorusuna cevap vermektedir<sup>18</sup>.

İlkeler çoğu zaman saf haliyle ortaya çıkmazlar az ya da çok sınırlanmış biçimde görünürler<sup>19</sup>.

İsviçre’de dört klasik ilke şu şekilde söz konusu olabilir: tasarruf ve taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu bir davada, eğer bu dava sosyal bir yargılama ise, resen araştırma ilkesi ile hayat olayı araştırılacaktır; davacının maddi hukuka göre seçim hakkına sahip olduğu bir davada (Türk Borçlar Kanunu m.227) hakim davacının seçimlik hakkını satış bedelinin indirilmesi veya eğer tahvilin şartları yoksa tamir olarak değerlendirebilir. Böylece dilekçelerle bağlılık ve tasarruf ilkesi esasları delinmiş olur ve hakim resen hareket eder<sup>20</sup>.

## II. Tasarruf ilkesi ve resen hareket ilkesi

Tasarruf ilkesi doğrudan yargılama ve dava konusunun etkilenmesine ilişkindir. Tasarruf ilkesi ve taraflarca getirilme ilkesi maddi hukuktaki irade serbestisi prensibinin medeni yargılamadaki temel yansımalarıdır; bu iki ilke medeni yargılama hukukunu tamamlamaktadır<sup>21</sup>.

Maddi hukuk ferdileştirmeyi sağlamaktadır ve bireylerin hak ve yükümlülüklerini dermeyeran etmelerini öngörmektedir. Mahkeme kendiliğinden bir davayı açamaz. Bu husus mukayeseli hukuk dogmatığında “davacının olmadığı yerde hâkim yoktur” olarak vurgulanmıştır. Yargılama sadece bir dava dilekçesiyle açılabilir (HMK m. 24 HUMK m.72). Dava konusunu sadece davacı belirleyebilir (HMK m. 26, HUMK m.74, dilekçelere bağlılık bakımından istisnalar için bkz. Türk Medeni Kanunu m.170 III ve HUMK m. 578 II ), feragat, kabul, sulh, davanın geri alınması, kanun yollarından feragat.

Dilekçelere bağlılık tasarruf ilkesinin bir uzantısıdır, ancak eski HUMK da doğru bir şekilde ayrı bir müstakil ilke olarak düzenlenmemiştir. Şimdi yeni kanun HMK m.26 bunu müstakil bir ilke olarak düzenlemiştir. Dilekçelere bağlılık tasarruf ilkesinin olumsuz yönü olarak tanımlanmaktadır<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Bkz. Sutter-Somm, (dn. 2) Rdnr.264-266.

<sup>19</sup> Bkz. Sutter-Somm, (dn. 2) Rdnr.270; Baur, (dn. 9) S.80-81; Rechberger/Simotta, (dn. 5) Rdnr. 400; Fucik in: Rechberger, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Aufl., 2006, vor § 171 Rz 1.

<sup>20</sup> Bkz. Sutter-Somm, (dn.2) Rdnr.336 altındaki şema; C.Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, 2014, s.139 vd, 144 vd.

<sup>21</sup> Schilken, (dn.1) Giriş; Schilken, ZPR (dn.2) Rdnr. 339; Jauernig, Zivilprozessrecht, 29. Aufl. 2007, § 24 I; ayrıca bkz. von Arx, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger, ZPO, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Art.55 Rdnr.1-2.

<sup>22</sup> Rechberger/Simotta, (dn. 5) Rdnr.402.

Resen hareket ilkesi ise, hâkimin dilekçe olmaksızın görev yapmasını ve karar vermesini düzenler (örneğin Kadastro Kanunu m.28 ve HUMK m.576 II)

Türk hukukunda istisnaen, kamu düzeni ile ilgili olduğunda savcının da bir dava açabilmesine izin verilmiştir: örnek olarak Türk MK. M.146 verilebilir, buna göre savcı evliliğin butlanını dava edebilir, ayrıca m.294)

Bu örneklerde hâkim kendiliğinden değil, savcının dilekçesi üzerine faaliyette bulunur.

Bazı yazarlar bu sebepten hareketle, Türk hukukunda resen hareket ilkesinin olmadığını iddia etmektedirler<sup>23</sup>.

Türk hukukuna kaynak olan İsviçre hukukunda, tasarruf ilkesinin istisnası olarak resen hareket ilkesini düzenleyen normlar tek tek zikredilmiştir<sup>24</sup>.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 30.9.2013 tarih ve 12873-17439 nolu kararına göre hakim taraf dilekçeleri ile bağlıdır. (HMK m. 26).

*“Davalı Kıyı Emniyet Genel Müdürlüğü’nün aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.*

2- ) 6100 Sayılı H.M.K.’un 25. maddesi uyarınca, “kanunda öngörülen istisnalar dışında hakim iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz”. Kısaca maddi vakıyla bağlı kalınmalıdır.

*Davacı taraf dava dilekçesinde açıkça davalı işyerinde 16.00-24.00 saatleri arasında çalıştığını belirterek fazla mesai ücret alacağı isteminde bulunmuştur. Hükme esas bilirkişi raporunda davacının bağlayıcı olan bu maddi vakıası dışına çıkılarak, davacının haftanın 6 günü 07.30-21.00 arası çalıştığı ve haftada 18 saat fazla mesai yaptığı kabul edilerek fazla mesai ücret alacağı hesaplanmıştır. Mahkemece davacının maddi vakıa olarak bildirdiği 16.00-24.00 saatleri arasındaki çalışma saatleri esas alınarak var ise davacının fazla mesai ücret alacağının hesaplanması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”*

### III. Taraflarca getirilme ilkesi ve resen araştırma ilkesi

Bu ilkeler tahkikatla ilgilidir. Eğer bu konuda tarafların ödevi varsa, taraflarca getirme ilkesi geçerlidir, eğer hakim hayat olayını kendisi araştırmaya yetkili ise resen araştırma ilkesi sözkonusudur.

<sup>23</sup> Kuru/Aslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, 24. Bası, 2013, S.337 vd.; Pekcanitez/ Atalay/Özeker, Medeni Usul Hukuku,14. Bası., 2013, S.357; V.Karaaslan, Hakimın Davayı Aydınlatma Ödevi, 2013, S.89.

<sup>24</sup> İstisnalar için bkz: Sutter-Somm, (dn.2), Rdnr.286-295; Sutter-Somm/ von Arx, (dn.21) Art.58 Rdnr.23-33; KuKo ZPO-Oberhammer, (dn.2) Art.52 Rdnr.7-9.

Mukayeseli hukuk sistemlerinde taraflarca getirilme ilkesi pek çok kurum tarafından sınırlandırılmış ve duruma göre yumuşatılmıştır. Taraflarca getirilme ilkesi soru sorma ve işaret etme hakkı ile karşılıklı durmaktadır. Bunlar taraflarca getirilme ilkesini gevşetmektedir. Böylece hatalar önlenmekte ve adil bir yargılanma garantisi sağlanmaktadır<sup>25</sup>. İsviçre de hâkimin soru sorma ödevinin bir hak mı yoksa bir ödev mi olduğu tartışılmaktadır, bu tartışma hukuk politikasının meselesidir<sup>26</sup>.

Eski Yunan ve Romada hakim tahkikatta serbestti ve hiçbir hükümlerle bağlı değildi<sup>27</sup>. Maddi anlamda sevk yetkisi gelişmesini 18. yüzyılda göstermiştir. Prusya Kanununda (In der Preussischen Allgemeinen Gerichtsordnung vom 1793) hakimin rolü o kadar kuvvetlendirilmişti ki, resen araştırma ilkesinin geçerliliğinden söz edilebilmekteydi. Medeni yargılamada aktif hakim modeli 18. yüzyılda geçerli olan mutlakliyetin bir dış vurumu idi. Resen araştırma ilkesinin egemenliğini taraflarca getirilme ilkesi takip etmiştir. Bunun ardında 19. yüzyılda öne çıkan, liberal devlet anlayışının uzantısı olan mülkiyet hakkı ve sözleşme özgürlüğü yatmaktadır. Mutlakliyetin yerini 19. yüzyılda liberalizm ve özellikle kapitalizm almıştır. Nevar ki sosyal problemler ortadan kaldırılamamıştır. 1895 tarihli Avusturya medeni usul kanununun mimarı Franz Klein taraflarca getirilme ilkesinin geçerliliğine karşı eleştiride bulunmuştur. Bu eleştirinin, Alman kanun koyucu tarafından da az ya da çok dikkate alınmış olması ilginçtir. 1976 tarihli basitleştirme kanununun ve bu değişikliği takip eden yeni düzenlemeler Franz Klein'in sosyal devlet düşüncesini temel almaktadır. 19. Yüzyıl sonlarında liberalizmin gelişmesiyle ve sosyal anlayışın güçlenmesiyle taraf iradesinin güçlü hali giderek daha fazla eleştirilmiştir.

Taraflarca getirilme ilkesi yeni Medeni Usul Kanunu olan HMK m.25'te düzenlenmiştir (eski HUMK m.75).

*“(1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz.*

*(2) Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz.”*

Doktrinde Deren-Yıldırım'a<sup>28</sup> göre, Mahkemeye vakia ve delilleri sunmak taraf-

<sup>25</sup> Bkz: Sutter-Somm, (dn.2), Rdnr.284-285; Sutter-Somm/von Arx, (dn.21) Art.55 Rdnr. 48-51.

<sup>26</sup> Türk hukukunda tasarruf ilkesi ve resen hareket etme ilkesi ilişkisi için bkz. N.Meriç, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, 2011, S.55-61.

<sup>27</sup> Bu tarihsel temeller için bkz.: Lienhard, (dn.4) S.13 ff; Ayrıca bkz. Becker-Eberhard, Grundlagen und Grenzen des Verhandlungsgrundsatzes, in Yıldırım (hrsg), Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen (2001) S.18 f., bu makalenin Türkçe çevirisi için bkz. Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 8. Baskı, 2016, s. 19 vd.; Deren- Yıldırım, Die Kooperationsmaxime und ihre ideologischen Aspekte, FS Rechberger, 2005, S.103 ff.

<sup>28</sup> Deren- Yıldırım, Nevhis, Das neue türkische Zivilprozessgesetz, (dn.10), S.6.

ların ödevidir. Yeni Türk Kanun koyucu hakim maddi anlamda davayı yürütülmesi konusunda İsviçre medeni usul kanununun kuvvetli etkisi altında kalmıştır. İsviçre doktrininde nisbi adaletten söz edilmektedir. Ancak nispi adalet fikri pasif hakime yol açmaktadır. Hakimin aydınlatma ödevi hakkındaki eski HUMK m.75 f.II ve özellikle f.III ile yeni HMK'nun m.25 f.II, HMK m.31 karşılaştırıldığında hakimin, deliller üzerindeki yetkisinin ciddi şekilde sınırlandırıldığı görülmektedir.

“Taraflarca getirilmemiş hususlar mahkeme için yok hükmündedir” (quod non est in actis, no est in mundo) kuralının uygulanması maddi hakikatın bulunması yolunu tıkamaktadır. HMK m.31'e göre aydınlatma ödevi belirsiz ve çelişkili hususların düzeltilmesine hizmet eder, bu çerçevede istenen açıklamalar, yöneltilen sorular ve delil düzenlemeleri geçerlidir.

Taraflarca getirilme ilkesi geçerli ise İsviçre'de Art 55 f.I e göre taraflar taleplerini destekleyen vakıalarını ortaya koymalıdır ( iddia ve vakıalandırma yükü, özellikle itiraz etme yükü) ve delilleri ortaya koymalıdır özellikle ilgili delil dilekçelerini sunmalıdır<sup>29</sup>. Tarafların bu usuli yükleri somut olayda nasıl yerine getireceği konusu İsviçre MUK'nu Art 55 te cevaplanmış değildir<sup>30</sup>.

Taraflarca getirilme ilkesi bakımından gerek kanunda gerek teoride belirli sınırlamalar öngörülmektedir<sup>31</sup>.

Kurumsal olarak belirli aile hukuku ihtilaflarında genel olarak resen araştırma ilkesi öngörülmüştür<sup>32</sup>.

Diğer istisnalar şunlardır:

Mahkemece bilinen hususlar (§ 291 dZPO), vakıaların ikrarı (§ 288 dZPO), ancak bunların gerçek olmadığı aşıkârsa taraflarca getirme ilkesi geçerli değildir<sup>33</sup>.

Tarafların doğruluk ödevi de taraflarca getirilme ilkesini sınırlamaktadır (HMK m. 29; Alman Hukukunda §138 ZPO; İsviçre'de Art. 52). Doğruluk ödevine riayet edilmemesi halinde hâkim bu vakıayı dikkate almayabilir (HMK m. 29 gereğesi). Sınırlamalardan biri de hâkimin soru sorma ve işaret etme ödevidir. (§ 139/I dZPO)<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> Sutter- Somm/von Arx, (dn.20) Art 55 Rdnr.11.

<sup>30</sup> Bu yönde: D.Glasl, in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische ZPO, 2011, (DİKE komm. ZPO) Art. 55, N.6, 21 ff.

<sup>31</sup> Schilken, (dn.1) S.49-53; Becker-Eberhard, (dn. 26) S.20-26, 28-30; Türk Hukuku için Alangoya/ Yıldırım/ Deren- Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Bası, İstanbul 2010, S. 283 vd.

<sup>32</sup> Meller-Hannich, (dn.17), Rdnr. 86.

<sup>33</sup> İsviçre'de Art. 153/II ZPO, Sutter-Somm/ von Arx, (dn.21) Art.55 Rdnr. 57.

<sup>34</sup> İsviçre için bkz. Art.55 und 56, 247/I ZPO; Sutter-Somm/ von Arx, (dn.21), Art.55 Rdnr. 48-51.



Taraf hâkimiyeti ve davayı teşvik edici sevk yetkisi bir gerilim ilişkisi içerisinde ki, böylece taraflarca getirilme ilkesi sınırlandırılmaktadır (§§ 272,273/I,296/I-II,282 dZPO).

İsviçre de taraflarca getirilme ilkesi aşağıdaki kurumlar vasıtasıyla sınırlanmaktadır:

İhtilafsız ve ikrar edilmiş vakıalar, meşhur vakıalar, genel tecrübe kuralları, fiili karineler, mahkemenin işaret etme ve aydınlatma ödevi<sup>35</sup>.

Yeni HMK da taraflarca getirilme ilkesi ile ilgili çeşitli normlar bulunmaktadır. Buna ilişkin bir örnek, taraf kendine elverişli bir hukuk normunun unsurunu içeren vakıaları ispat yükü taşımaktadır (HMK m. 190 /1). Taraflarca veya temsilcileri tarafından ikrar edilmiş vakıalar ihtilafı olmaktan çıkar ve ispatlanmak zorunda değildir (HMK m.188/1). Vakıaların delillerle somutlaştırılması taraflarca yerine getirilir (HMK m.194/1). Mahkeme taraflarca ileri sürülmüş delilleri inceleyebilir (HMK m.25/2: kanunla belirtilen durumlar dışında, hakim, kendiliğinden delil toplayamaz). Hakim resen sadece bilirkişi ve keşif deliline başvurabilir, eğer dosyadan anlaşılıyorsa ve bir vakıa ile irtibatlı ise şahit de dinleyebilir<sup>36</sup>.

Alman hukukunda deliller şahit delil dışında mahkeme tarafından resen ikame olunabilir<sup>37</sup>.

Avusturya'da geçerli olan esas, yumuşatılmış araştırma ilkesi ve işbirliği ilkesidir (ein abgeschwächter Untersuchungsgrundsatz und die Kooperationsmaxime) <sup>38</sup>. Avusturya'da hakim şahit delile dahi resen başvurabilir, ne var ki taraflar senet ve şahit delilinin kullanılmayacağını kararlaştırmışlar ise, artık hakim şahit delile resen başvuramaz<sup>39</sup>.

İsviçre de resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, Art. 153/1 hakime delilleri resen araştırmasına izin vermektedir. Fıkra 2, eğer davacının ileri sürdüğü vakıalara karşı hasmı itiraz etmez ise, bu durumda giyap kurumu devreye girecektir ve hakim şüphe halinde hayat olayının doğruluğu amacıyla resen delile başvurabilir.

Taraflar hem vakıaları hem de delilleri mahkeme önüne getirmek zorundadır.

<sup>35</sup> Sutter-Somm/ von Arx, (dn.21), Art.55 Rdnr. 36-51; Glasl, DIKE Komm. (dn.30), Art.55 Rdnr.32.

<sup>36</sup> Yargıtay 4. HD 26.5.2003 tarih ve 2424- 6935 (Kazancı İctihat Bankası )

<sup>37</sup> Schilken, (dn.2) Rdnr. 350, 356, H.J. Ahrens, in Wiczorek/Schütze, ZPO Grosskommentar, 3.Aufl., 2009, § 284 ZPO Rdnr. 9.

<sup>38</sup> Rechberger, Die Verfahrenskonzentration im österreichischen Zivilprozess, in: Yıldırım (hrsg), Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen (2001), S.5 karşı. § 183 I Z.4 öZPO; Deren- Yıldırım, (dn.27) S. 107 ff.

<sup>39</sup> Deren- Yıldırım, (dn.27) S.107 ve orada dn.38 de anılan Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht, 6. Aufl. Rz. 270 f.; 7. Aufl. No.404.

Böylece taraflar ihtilafı hususları belirlemiş olurlar ve delilleri getirme ödevi de kendilerine düşer.

Buna mukabil Alman Medeni Usul Kanunu vakıalar yönünden taraflarca getirilme ilkesini çok sınırlamıştır. İkrar olunan ve herkesçe bilinen vakıaların ispatlanmasına gerek yoktur. (ZPO §§ 288,291)<sup>40</sup>.

İsviçre’de Art. 160 üçüncü kişilere ve taraflara delilleri getirme ödevini düzenlemektedir. Alman hukukunda tarafın aydınlatma ödevi olup olmadığı tartışmalıdır<sup>41</sup>. Bu bağlamda Roma hukukundan gelen “kimse kendi aleyhine delil getirmek zorunda değildir” (Nemo contra se edere tenetur). İlkesi usul hukukunda geçerlidir. Bu ilke günümüzde senetlerin ibrazı ile gerilim ilişkisi içindedir<sup>42</sup>.

Türk hukukunda cevap dilekçesi verilmemesi –mukayeseli hukuk sisteminden farklı olarak- davacı tarafından ileri sürülmüş vakıaların inkârı olarak anlaşılmaktadır. Bu durumda davacı kendi iddialarını ispat yükü taşımaktadır ( HMK.m.128).

HUMK m.326 genel ibraz yükümlülüğünü düzenlemektedir. Bu yeni kanun HMK m.219’a tekabül etmektedir. Bu ödev tarafların aydınlatma ödevini genişletmekte ve maddi hukukla bağımlı zayıflatmaktadır<sup>43</sup>.

Mukayeseli hukuktaki tarafların açıklama ödevi, doğruluk ödevi (Almanya’da §138 dZPO) bağlamındaki açıklamalar Türk hukukuna doğrudan uygulanamamaktadır. Almanya’da §138 III davacının dermeyer ettiği vakıaları şüpheli hale getirmeyen davalıya ait bir görev olduğu, aksi taktirde, sözkonusu vakıaları ikrar edilmiş sayılacağı düzenlenmiştir<sup>44</sup>: Açıkça inkar edilmeyen vakıalar, eğer tarafın diğer açıklamalarından buna itiraz etme kastı tespit edilemiyorsa ikrar edilmiş sayılır. Türk Hukukunda ise davalının dava dilekçesine karşı sessiz kalması inkâr anlamına gelmektedir (HMK m. 128).

Taraflarca getirilme ilkesi, kanunun hayat olayının tespitini resen yapılmasını öngördüğü hallerde uygulanmaz<sup>45</sup>.

Resen araştırma ilkesi taraflarca getirme ilkesinin karşıtıdır<sup>46</sup>.

<sup>40</sup> Schilken, (dn.1), S.54-55.

<sup>41</sup> Stürner, R., Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen 1976; ayrıca bkz. Gottwald, P., Aufklärung über die Aufklärungspflicht der Parteien, FS Stürner, 2013, S.301 ff.; Ahrens, (dn.37) vor § 284 Rdnr.10 ff.

<sup>42</sup> Bkz. Adloff, D., Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess, Tübingen 2007,S.53 ff.; Türk hukukunun eski ve yeni durumu için bkz. Erdönmez, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrarı Mecburiyeti, 2010, S.25 vd.

<sup>43</sup> Erdönmez, (dn.42) S.484.

<sup>44</sup> Schilken dn. 1’de Türkçe metni, sh. 52-54; Becker-Eberhard (dn. 27) s. 26-30.

<sup>45</sup> Glasl. DİKE Komm, (dn.30) Art 55, Rdnr.33.

<sup>46</sup> Sutter-Somm/von Arx, (dn.21) Art 55, Rdnr.59.

Hayat olayının açıklanmasında hakimin elinde bu iki ilke birer alet gibidir, hakim bunlardan birini ya da diğerini kullanmaktadır.

Resen hareket etme ilkesi (Offizialmaxime) gibi resen araştırma ilkesi de (Untersuchungsmaxime) davada hasmına göre daha zayıf olan tarafın korunması temel düşüncesine dayanmaktadır<sup>47</sup>.

Klasik (katı) resen araştırma ilkesi ve sınırlı (sosyal) araştırma ilkesi arasında da ayırım yapılmaktadır<sup>48</sup>.

#### IV. Yargılamanın Hakim Tarafından Yönetmesi, Yürütülmesi

HMK m.32 davanın yürütülmesini düzenlemektedir, bu şekli anlamda davanın yürütülmesidir. Şekli anlamda davanın yürütülmesi, mahkemenin dışa vurulan, dış dünyaya yansıyan, duruşma günlerinin tayini ve duruşmalara davet gibi örnekendirilebilecek hususlarda işlemlerini kapsamaktadır. Bazı maddi anlamda yargılama işlemleri de dış dünyada fark edilebilir eğer bir tarafın takdim ettiği şeyler yetersiz ise, hakim soru sorma hakkını yazılı olarak kullanır ve tarafın belli bir süre içinde yazılı cevap vermesini isteyebilir. Ancak diğer durumlarda maddi anlamda yürütme yetkisi yargılamanın deruni şekilde yönetimi ile ilgilidir (die innere Leitung des Prozesses)<sup>49</sup>.

Çoğu zaman şekli ve maddi anlamda yürütme yetkisi kesişmektedir ve bir bütünü meydana getirmektedir<sup>50</sup>. Maddi anlamda davanın yürütülmesi taraflarca getirilme ilkesi çerçevesinde tarafların ikame ettiği vakıaların toplanması ve dava konusu hakkında içerik olarak olaya uygun karar verilmesi anlamına gelmektedir<sup>51</sup>. Bu bağlamda hakim maddi anlamda işaret etme ve soru sorma ödevi ile dava konusunun bütünüyle dikkate almalı ve gecikmeden hükmünü kuralmalıdır. Taraf usul işlemleri

<sup>47</sup> BGE 130 II 734 E.2.2.2. sosyal medeni usul karşı. Sutter-Somm, (dn.2) Rdnr.352; Sutter-Somm/von Arx, (dn.21) 55 Rdnr.62.

<sup>48</sup> Glasl, DİKE Komm, (dn.30) Art 55, Rdnr.36; Sutter-Somm/von Arx, (dn.21) 55 Rdnr. 68 ff. Meier yönlendirici (klasik) araştırma ilkesi ile destekleyici araştırma ilkesi -die "lenkende (klassische) Untersuchungsmaxime" von der "unterstützenden Untersuchungsmaxime" ayırımı yapmaktadır. (Meier, I., Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S.384). İsviçre de avukatla temsil mecburiyeti olmadığından, hakim davayı yönetirken tarafları desteklemelidir.

Bu hakimin soru sorma ödevi üzerinden gerçekleşir ( Art.56 ve 247 I schZPO, (Meier, S.393). Verhandlungsmaxime nin aksine kamu yararı hakimin araştırma faaliyetini meşru kılmaktadır (karş.temel açıklamalar olarak KuKo ZPO-Oberhammer (dn.2) Art.55 Rdnr.4-5)

<sup>49</sup> Lienhard, (dn.4), S.4-5 ve orada İsviçre Hukuku ve formel ve maddi dava yürütülmesi için bkz Schilken, (dn.1), S.44.

<sup>50</sup> Schilken, (dn.1), S.44 ve orada dn.34'da anılan Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 79 I vor I ve II, III.

<sup>51</sup> Schilken, (dn.1), S.44 ve orada in dn.35'de anılan Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 79 III.

ve taraflarca getirilme ilkesi ve onun sınırları açısından hakim tarafından davanın yürütülmesi ve hakimin rolü, tasarruf ilkesi ve taraflarca getirilme ilkesi arasında bir gerilim alanı doğurduğundan söz edilmektedir<sup>52</sup>.

İsviçre'de ZPO Art 124 "davanın yürütülmesi" başlığı altında davanın hızla zırlanmasını ve yönetimini düzenlemektedir. Maddi anlamda sevk yetkisi ise bazı ilkeler (taraflarca getirilme ilkesi, resen araştırma ilkesi ve teksif ilkesi) ve ispat huku-kuyla birlikte düzenlenmiştir. Bir yargılamanın düzeni de dâhildir (Art.128 ZPO)<sup>53</sup>.

Bir davada teksif ilkesi yeterli ise hakim maddi anlamda sevk yetkisiyle de yetkilendirilmiştir, böylece hakim yargılamanın başında vakıaların getirilmesi önemsiz ve önemli noktalara işaret etmekle görevlidir. İsviçre hukukunda Art 56 soru sorma hakkını, Art 229 teksif ilkesini düzenlemektedir. Maddi anlamda sevk yetkisi kıta avrupası hukukunda 20. yüzyıldaki en önemli kazanımdır, bu ilke aktif hakimi öngörmektedir ki, hakim hayat olayının araştırılmasında önemli bir görev üstlenmektedir. Hukuk politikası düşüncesi olarak, bir hakimin soru sorup soramayacağı veya bir boks maçını sessizce seyreden hakemden (umpire) ibaret olup olmayacağı üzerinde durulmaktadır. Sadece tarafların getirdikleriyle hakimin soru sorması vasıtasıyla konuların tespit edilebileceği düşünülmektedir. Bu sayede yargılama çok efektif olabilir ve karar maddi hakikati tekrar ortaya çıkarmış olabilir<sup>54</sup>.

İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu ilk tasarısında hakimin "hakkı" tartışılmıştır ve bir ödev olarak anlaşılması önerilmiştir. Bu kurumla ilgili geleneksel olarak iki arguman vardır. Birinci argüman 19. yüzyıldan kaynaklanmakta ve kısmen eskimiştir, buna göre pasif hakim liberal hukuk devletinin bir sonucudur. İkinci argüman çok iyi yetişmiş ve bilinçli hakime ihtiyaç olduğunu ifade etmektedir<sup>55</sup>. Hakimin soru sorma hakkı iki temel düşünceye dayanmaktadır: hukuki dinlenme hakkı ve sürpriz kararlardan kaçınılması ve diğer taraftan yargılamanın hızlandırılması ve doğru bir karara ulaşılmasıdır<sup>56</sup>.

Sürpriz karar verme yasağı geçerlidir. Buna göre bir karar tarafların ileri sürmedikleri vakıalara dayanıyorsa böylece hukuki dinlenme hakkı ihlal edilmiştir<sup>57</sup>.

Hakimin soru sorma hakkının kapsamı için doğruluk ödevi kriter teşkil etmektedir. Hakim kendi işaret etme ve soru sorma ödeviyle tarafların doğruyu söyleme

<sup>52</sup> Schilken, (dn.1), S.45.

<sup>53</sup> Sutter-Somm/ A.Staehelin (dn.21) Art.124 Rdnr. 2- 3.

<sup>54</sup> KuKo Oberhammer, (dn.2) Art.56 no.1.

<sup>55</sup> KuKo Oberhammer, (dn.2) Art.56 no.2.

<sup>56</sup> KuKo Oberhammer, (dn.2) Art.56 no.3.

<sup>57</sup> BGE 130 III 35 E.5f ff.; KuKo Oberhammer, (dn.2) Art.56 no.4 : Das Gericht darf die Parteien mithin nicht "dumm sterben lassen".

ödevine varmasına ve hayat olayının araştırılmasının mümkün hale gelmesine çaba gösterir, böyle bir durumda hakim taraflara karşı yaklaşmış olur. Eğer taraflar buna dikkat etmezlerse, kayıtsız kalırlarsa mahkeme biraz daha üzerlerine gider ve soru sorma hakkıyla tarafı daha sonraki kötü sonuçlardan korumuş olur. Eğer taraflar itinalı davranmışlarsa, artık mahkemenin fikrinin ne olduğuna herhangi bir şekilde ulaşmış olacaklardır ki, bu durumda hakimin soru sorma, işaret etme ödevine yer yoktur<sup>58</sup>.

İsviçre’de uzun süre üzerinde tartışılmayan bir konu şudur: ne ölçüde ve acaba hakimin soru sorma hakkı hayat olayının araştırılmasına hizmet etmekte midir ve eğer ediyorsa sınırları ne şekilde tespit edilmelidir? Burada dilekçelerin, taraf usul işlemlerinin ve itirazlarının ve resen dikkate alınmayan zamanaşımının bütün eksiklikleri rol oynamaktadır. Eğer taraf kendisinden beklenen özeni yerine getirir ise, bu meyanda karşı tarafın dilekçesindeki eksiklikler, boşluklar da kendini göstermiş olur ki, bu durumda da hakimin soru sorma hakkına yer yoktur<sup>59</sup>.

İsviçre’de diğer bir soru ise, hakimin soru sorma hakkının Art. 229 schw.ZPO’da yer alan teksif ilkesi içinde uygulanabilir olup olmadığıdır.

Yeni malzeme getirme hakkı ve dava değiştirme, ıslah vasıtasıyla değişen durumlara uyum imkânı sağlamaktadır.

Yeni malzeme getirme hakkı ve davanın ıslahı, ıslah ile değişen durumlara uyum sağlama nispi bakımdan mümkün olmaktadır. İsviçre’de Art 56 schw.ZPO uyarınca soru sorma hakkı tüm yargılama boyunca geçerli olmaktadır ve böylece teksif ilkesi ile çatışmaktadır<sup>60</sup>. İsviçre de kanunkoyucu yeni usul kanununda (ZPO) teksif ilkesini fevkalade geniş varyasyonlarla, olasılıklarla düzenlemiştir, bu yüzden her olayda farklı cevaplar ortaya çıkmaktadır<sup>61</sup>. Eğer asıl duruşmadan (vor der Hauptverhandlung) evvel (birinci veya ikinci dilekçelerden sonra olması fark etmeksizin) bir tahkikat duruşması yapılırsa, tahkikat duruşmasının (Instruktionsverhandlung) sonuna kadar yeni vakıalar getirilebilir. Eğer asıl duruşmadan evvel sadece dilekçeler teatisi (değiş tokuşu) öngörülmüş ise, taraflar sözlü duruşmada (in der mündlichen Verhandlung) Art 229/ II ZPO uyarınca herhangi bir sınırlama ile karşılaşmaksızın yeni vakıalar getirebilir<sup>62</sup>.

Fransız hukukunda geçerli olan çelişmeli yargılama ilkesine “principe de la contradiction” göre taraflar yargılama devam ettiği sürece diyalog içinde bulunmalıdır.

<sup>58</sup> KuKo Oberhammer, (dn.2) Art.56 Rdnr.4 ff.; Lienhard, (dn.4) Rdnr. 274-275.

<sup>59</sup> KuKo Oberhammer, (dn.2) Art.56 Rdnr.7.

<sup>60</sup> KuKo Oberhammer, (dn.2) Art.56 Rdnr.12; Sutter-Somm/von Arx, (dn.21) Art.56 Rdnr. 36 f.

<sup>61</sup> Lienhard, (dn.4) Rdnr. 206.

<sup>62</sup> Klingler, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozeßordnung, Basel 2010, Rdnr. 642 f.

Sosyal devlet ilkesi hakimi, hakimın açıklama ödevinin çerçevesi içinde bu diyaloga katılmaya zorlamaktadır<sup>63</sup>.

Türk hukukunda HMK m.31 “Hakimin Aydınlatma Ödevini” düzenler. Bu madde şu düzenlemeyi içerir: “Hakim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi ve hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir.”

Bu norm kısmen HUMK m.75/II ve III ü karşılamaktadır ve resen delil ikamesini yasaklamaktadır. 1927 yılına ait HUMK ile 1925 tarihli liberal Nöşatel MUK na ait bir düzenleme iktibas olunmuştur. Mukayeseli hukukta liberal anlayış yerini aktif hakime ter etmiştir. Alman ve Avusturya hukuku, düzenlemeleri sayesinde aktif hakimi tanımaktadır.

Bununla birlikte unutulmamalıdır ki, her iki hukuk sistemi de sözlülük ilkesini öne çıkarmakta (Mündlichkeit) ve teksif ilkesini (Eventualmaxime) reddetmektedir<sup>64</sup>.

Türk hukukunda da ilgili normun içeriği alman ve Avusturya hukukuna uygun olarak yeniden düzenlenmelidir. Bu bağlamda kanunda „maddi anlamda sevk yetkisi“ doğru bir başlık olabilir<sup>65</sup>.

Bir madde teklifi olarak Alman hukukunda maddi anlamda sevk yetkisi başlıklı ZPO § 139 önemlidir. ZPO § 139 düzenlemesi şu şekildedir:

*“Maddi Bakımdan Yargılamanın Yürütülmesi:*

*f.I: Mahkeme olayın ve hukuki uyuşmazlığın olgusal ve hukuki boyutlarını gerekli olduğu ölçüde taraflarla birlikte ele almak ve sorular sormak zorundadır. Bu, tarafların zamanında uyuşmazlığın çözümü için önemli vakıaların tamamı hakkında açıklama yapmalarını, özellikle ileri sürülen vakılardaki eksiklikleri tamamlamalarını, delilleri ikame etmelerini ve gerekli talepleri ileri sürmelerini sağlayacaktır.*

*f.II: Mahkeme, bir tarafın gözden kaçırdığı görülen veya önemsiz saydığı bir bakış açısını, bu, yan bir talepten fazlası ise, ancak taraflara işaret etmesi ve beyanda bulunmalarına fırsat vermesi kaydıyla hükmüne esas alabilir. Mahkeme, her iki taraftan farklı bir hükme vardığında da aynı esas geçerlidir.*

<sup>63</sup> Namli, Çelişmeli Yargılama İlkesi, 2010, S.88-89 ve orada anılan Guinchard, Quels Principes Directeurs Pour Les Procès de Demain?, Melanges J. Von Compernelle, Bruxelles 2004, S.27; Parodi, L'Esprit General Et Les Innovations Du Nouveau Code De Procedure Civile, Paris 1976, s.46. ayrıca bkz Celikoglu, Avukatın Delil Toplaması, 3.B., 2013, s.301 ve orada anılan Cadiet/Amrani-Mekki, “Civil Procedure” Introduction to French Law, (Ed. Bermann/Picard) Kluwer Law Int., 2008, S.315.

<sup>64</sup> N. Deren-Yıldırım, (dn 27), S. 103 ff.

<sup>65</sup> Müteakip Literatur için bkz: Schilken, (dn.1) S.46 f.

*f.III: Mahkeme, re'sen nazar-ı dikkate alınacak hususlar bakımından taşıdığı endişeler hakkında tarafların dikkatini çekmelidir.*

*f.IV: Bu hükme göre işaret edilecek hususlar, taraflara mümkün olduğu kadar kısa sürede bildirilmeli ve dosyaya geçirilmelidir. Dosya içeriğine karşı ancak, evrakta sahtekârlığın ispatı ile itiraz edilebilir.*

*f.V: Tarafın, mahkemece işaret edilen hususlara dair derhal açıklama yapmasının mümkün olmadığı hallerde, dilekçe üzerine yazılı açıklamada bulunması için mahkemece süre verilir.”*

Doktrinde bir görüşe göre; Alman ve Avusturya MUK'larındaki taraflarca getirme ilkesine ait düzenlemeler zamanla birbirine yaklaşmıştır; belki artık işbirliği ilkesinin (die Kooperationsmaxime) geçerliliğinden söz edilebilir.

Hakimin gücünün artırılması ve dava malzemesinin toplanmasında birlikte çalışma.

İngiltere'de de 1998 yılındaki usul hukuku reformunda aktif hakimin davayı yönetmesinden yola çıkılmıştır.

Önemli davalarda hakim, taraflarla vakıaları, mahkeme masraflarını vd. konuşma ve alternatif ihtilaf çözüm yollarını teklif etme yetkisi ile donatılmıştır.

Fransa da 1975 tarihli medeni usul hukuku reformunda hakimin davayı yönetme ödevinin ardında yeni bir engizisyon çağından (neue Inquisitionszeit) sözedilmeye başlanmıştır.

İtalya'da da 90 lı yıllarda hakim, usuli ve maddi yürütmede aktif hakime dönüşmüştür. Bununla birlikte, delil elde edilmesinde yetkileri oldukça sınırlıdır<sup>66</sup>.

Fransız Hukukunda, davanın sadece tarafların meselesi olduğu fikri artık geçerli değildir. Dava kamusal hizmet olarak telakki edilmektedir ve hakimin rolü, liberal yargılama anlayışı tamamen terk edilmeden kuvvetlendirilmiştir<sup>67</sup>. Dahası bazı yazarlar Fransız medeni yargılama hukukunda işbirliği ilkesinden söz etmektedirler<sup>68</sup>. İlk kez 1971 tarihli bir düzenlemede (Dekret) ortaya konulan çelişmeli yargılama ilkesi (Kontradiktionsprinzip) ile hukuki dinlenme hakkı, sözlülük ilkesi ve sürpriz

<sup>66</sup> Mukayeseli hukuk için bkz.: Rechberger, Ein Rückblick auf das Prozessrecht des 20.Jahrhunderts, in P.Gottwald,(Hrsg.) Aktuelle Entwicklungen des europaischen und internationalen Zivilverfahrensrecht, Band 14 (2002), S.8-10; O.Gündüz, Anglo-Amerikan Hukuku Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi, 2009, S.154; Çelikoğlu, (dn. 63), S.140-162, 267-316.

<sup>67</sup> Namli, (dn.63) S.87-88 ve orada anılan yazarlar Guinchard/Ferrand, Procedure Civile, 28.ed., Dalloz, Paris 2006, S.12 ff.; Cornu, Les Principes Directeurs Du Proces Civil, Paris 1991, S.91.

<sup>68</sup> Namli, (dn.63) S.88 ve orada anılan yazarlar Cadiet/Jeuland, Droit Judiciaire Prive, 3. Edition, Paris 2006, S. 328 ff.

karar verme yasağı birlikte ele alınabilmiştir<sup>69</sup>. Fransız Yargılaması Alman usulünden farklı olarak, Kontradiktionsprinzip bakış açısından hareketle daha ziyade bir duelloya yakın durmaktadır<sup>70</sup>.

## SONUÇ

Türk Kanunkoyucu Yeni Türk Medeni Usul Kanunu olan 2011 tarihli HMK'da, 1927 tarihli eski HUMK'daki ilkeleri, ikinci bölümde "Yargılama Hakim Olan İlkeler" başlığı altında ele almış, diğer bazı usul ilkelerine de yeni HMK'nın diğer kısımlarında düzenlemiştir. Örneğin, hakimin delilleri değerlendirmesi ilkesi (m.198)<sup>71</sup>. İlkeler kısmında müstakil bir madde ile düzenlenmiş olan, hakimin taleple bağlılığına dair hükmün, kanun tekniği açısından yeri hatalıdır, zira bu müstakil bir ilke değildir, tasarruf ilkesinin bir parçasıdır<sup>72</sup>.

Yukarıda belirtildiği üzere, hakimin yargılamadaki rolü o denli güçlendirilmiştir ki, bugün usul hukuklarının yakınlaşmasıyla bir işbirliği ilkesinden de söz edilebilir<sup>73</sup>.

Hakimin rolü açısından, Yeni HMK'nın hükümleri akranı olan İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu ZPO ile karşılaştırıldığında bir benzerlik görülse de, Türk hakiminin yetkileri daha dardır.

Yeni HMK hükümleri hakkında şu eleştiri yapılabilir: Türk Kanunkoyucu mukayeseli hukukta görülen usulün amacı ile yargılamanın hızlandırılması arasındaki gerilim ilişkisini yeterince dikkate almamıştır.

Mukayeseli hukukta medeni usul hukukunun amacı gerçeklik temelinde hakkın tanınması ve tespittir. Eğer yargılama usulünün seçimi tamamen hakime terk edilmiş olsaydı, usulün amacına ulaşmak tehlikeye atılmış olurdu. Usul hukuku bu yüzden, yargılamanın oluşturulması için önem arz eden belirli usuli ilkelerin inşasını düzenlemektedir<sup>74</sup>.

Türk Hukukunda sıkı yargılama yapısı (dava aşamaları) taraflar karşısında hakimin gücünün artırılmasını engellemektedir ki, modern yargılama sistemleri ile bir paralel gelişmeden söz edilemez. Hakimin delil elde edilmesinde maddi anlamda sevk ödevi çerçevesinde yetkisini düzenleyen eski HUMK m.75 III'nin aksine, yeni

<sup>69</sup> Schilling, M. Die principes directeurs des françoisischen Zivilprozesses, 2001, S. 296.

<sup>70</sup> Schilling, (dn.69), S.306.

<sup>71</sup> HMK açısından ilkeleri toplu olarak yansıtan bir yayın olarak bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, (dn. 23), S. 351-410; Delillerin değerlendirilmesi ilkesi hakkında bkz. M. K. Yıldırım, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.

<sup>72</sup> Karş.; m.26 HUMK.

<sup>73</sup> Bu yönde: Rechberger, (dn. 66), S.8-9.

<sup>74</sup> Schilken (dn. 2), No. 338.



HMK'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide<sup>75</sup> maddi hakikatin bulunması önünde bir engelden bahsedilmektedir. Yeni HMK'daki ispat hukuku da eski HUMK'a nazaran gerilemiş durumdadır, zira hakim bugün kanuni ispat kurallarıyla daha sıkı şekilde bağlıdır<sup>76</sup>. 2011 yılında yürürlüğe giren HMK, hukuki korunma talebi yönünden, usulun amacına hizmet eden bir düzenleme olarak telakki edilemez. Burada usulün amacıyla kastedilen: gerçekliğin bulunmasıdır, hakikate ulaşılmasıdır.

Usul ilkeleri (die Prozeßmaximen) temelde, bireyin hak ve özgürlüklerini korumaya ve hukuk devletini gerçekleştirmeye hizmet eder. Fransız doktrininde usul ilkeleri "usuli demokrasinin" bir somutlaşması olarak algılanmaktadır<sup>77</sup>.

Sadece hukuk devleti fikri değil, sosyal devlet fikri de hakimın aydınlatma ödevini desteklemektedir. Sosyal devlet ilkesi hakimi taraflarla dava boyunca diyalog halinde bulunmaya da zorlamaktadır. Ancak bu şekilde aktif hakim ve tarafların hakları arasındaki dengeli ilişki tesis edilebilir. Baur'a göre<sup>78</sup>, bir kanun değişikliğine dahi gerek yoktur, kanun hükümlerinin içeriğinden de bu hedefe ulaşılabilir. Bu çaba verilirken, doğal olarak usulün amacından, başka bir ifadeyle hakikate ulaşmadan yola çıkılacaktır<sup>79</sup>.

Mukayeseli hukuka göre, davanın amacı ve medeni yargılamanın yapısı bağlamında gerçeğin aranması ve klasik ilkeler (tarafarca getirme ve tasarruf ilkeleri) arasındaki ilişki de şu şekilde açıklanabilir:

Söz konusu ilkeler davanın amacı ile uyum içindedir, tarafların işlemleri ile usuli kaderlerini kendilerinin çizmeleri, yani şekli hukukun tasarruf ilkesi maddi hukuktaki irade serbestisine uygundur. Burada genel olarak hukuki ilişkilerde mahkemenin katkısı olmaksızın gerçekleştirilen hakkın içeriğini belirleme yetkisi yargılama içine çekilmekte ve usuli sonuçlar doğurmaktadır<sup>80</sup>. Bu bağlamda şu gerekçeler de ileri

<sup>75</sup> Açıkça: Deren- Yıldırım, Das neue türkische Zivilprozessgesetz, (dn. 10), S.3 ff, 9-10.

<sup>76</sup> Eski HUMK bağlamında bkz M.K. Yıldırım, Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2016, S.107-128; M. K. Yıldırım, Die Bedeutung des Urkundenbeweis im türkischen Zivilprozessrecht, ZZPInt 3 (1998), s.379-396. Yeni HMK bağlamında bkz. Deren-Yıldırım, Das neue türkische Zivilprozessgesetz, (dn.10), S.9-12.

<sup>77</sup> Namli, M., Türk ve Fransız Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, İstanbul 2014, S.10-11.

<sup>78</sup> Baur, (dn.9), S.78.

<sup>79</sup> Gaul, H.F., Der Zweck des Zivilprozesses –ein anhaltend aktuelles Thema, in: Zivilprozeßrecht im Lichte der Maximen, (Hrsg. Yıldırım, M.K.), İstanbul 2001, S.67 ff, 92 f.

<sup>80</sup> Gaul, Yargılamanın Amacı-Güncelliğini Koruyan Bir Konu (Çev. N. Deren-Yıldırım) İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, 2016, Sh. 77 vd., 93-98, 99-101. Kollektif Hukuki Himaye açısından da bkz. Schilken, Der Zweck des Zivilprozesses und der kollektive Rechtsschutz, in Kollektive Rechtsschutz in Zivilprozess, Hallesches Symposium zum Zivilverfahrensrecht am 6 Oktober 2007, Tagungsband, S. 21-52.

sürülebilir. Usul hukuku, aslen tarafların menfaatlerine hizmet ettiğinden karar (hüküm) için önem arzeden hayat olayına ait dilekçenin, talebin mükemmelliği ve ispatı tarafların sorumluluğundadır. Ancak tecrübeler göstermektedir ki, taraflar kendi yararına kendileri için uygun, elverişli malzemeyi getirmektedir. Bununla birlikte mukayeseli hukukta hakimin soru sorma-işaret etme ödevi (Alman hukukunda § 139 ZPO) sayesinde tarafların takdiminden ihtilafı olayın doğru resmi elde edilebilir<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> Schilken, (dn. 80).