

# Hukuk Muhakemeleri Usulünde âfakî hüsnüniyet esası (\*)

Yazan: Dr. M. Guldener

Zürih Hukuk Fakültesinde doçent

Çeviren: Dr. Tahir Çağa

İstanbul yargıcı

## I.

Menşei Roma hukukuna kadar dayanan âfakî hüsnüniyet esası ötedenberi hususî hukuk sahasında tanınmış bulunmaktadır. İsviçre hususi hukukunda Medenî Kanununun 2nci maddesinde veciz bir şekilde ifade olunan bu esas İsviçre mahkemelerinin tatbikatında da mühim bir rol oynamaktadır. Âfakî hüsnüniyet esası, hayatın gösterdiği tenevvü karşısında kanun vazının bütün hâdiseleri önceden görerek bir hükme bağlamasına imkân olmadığının idrak edilmiş bulunmasına dayanmaktadır. Filhakika kanun vazı, herhangi bir hâdisede fertler arasında hangi hak ve borçların meydana geleceğini kat'i ve tam olarak tayin ve tesbit etmek kudretine malik değildir. İşte Medenî Kanununun 2nci maddesi mevzu hukukun bu kifayetsizliğini karşılamak istemektedir. Bu maddenin koyduğu prensipe göre hususî şahısların yekdiğerlerine karşı olan hareketleri yalnız kanunun hükümlerine değil aynı zamanda tabii hak duygusunun, hak mefhumunun icaplarına, kanunun tabiriyle, âfakî hüsnüniyet esasına uygun olmak lâzımdır. Âfakî hüsnüniyet esası sadece hukukî mükellefiyetlerin muhtevasını değil aynı zamanda hak istimalinin de hudutlarını tayin eder. Bir hakkın istimali kanunun lâfzına uygun olsa bile, hakkın açık bir suiistimaline müncer olduğu takdirde yargıç bunu himaye etmeyecektir.

Bu esasın ne dereceye kadar hukuk muhakemeleri sahasında cari olabileceği meselesi İsviçrede pek az tetkik olunmuştur. İsviçre hukuk edebiyatında meseleye sadece temas edilmekle iktifa olunmuş-

---

(\*) Schweizerische Juristen-Zeitung, sene 1943, sayı 25 ve 26 da intişar etmiştir.

tur (1); Federal Mahkeme kararlarından da Yüksek Mahkemenin bu meselede prensip bakımından noktai nazarını bildiren ancak bir tanesi malûmdur (2). Bununla beraber mesele yeni değildir. Almanya'da usul ilmi sahasında zaman zaman tetkik olunmuş ve başka başka hal şekilleri ileri sürülmüştür (3). Mamafih usul hukukunun âmme hukukuna dahil olduğu, yani âfakî hüsnüniyet gibi geniş bir esasa yer bırakmayacak surette sert ve dar olması mümeyyiz vasfını teşkil eden bir hukuk sahasına girdiği düşünülecek olursa buna pek de hayret etmemek lâzımdır (4). Fakat usul hukukunda ne de olsa hususi bir vaziyet mevcuttur. Usul hukukunun vazifesi sadece âmme kudreti ile ferdin haiz olduğu kudretin sınırlarını çizmek değildir. Hukuk dâvasında bir tarafın yalnız resmî bir makamla, mahkeme ile değil aynı zamanda hasmı ile de alıp vereceği vardır. Filvaki tarafların usulî muamelelerinin muhatabı umumiyetle doğrudan doğruya hasmı değil bilâkis mahkemedir. Fakat bilvasıta, mahkeme kanalıyla, taraflar usulî muameleleriyle yekdiğerlerine müessir olurlar (5). İşte bu imkâna malik olmaları dolayısıyledir ki tarafların hususî hukukta olduğu gibi burada da âfakî hüsnüniyet esasına riayetle mükellef olup olmadıkları meselesi ortaya çıkmaktadır.

Böyle bir mükellefiyetin mevcudiyeti bedihî değildir.

1. Âfakî hüsnüniyet esası evvelemirde *hak istimalinin* hududunu tayin eder. Fakat tarafların davadaki hareketlerinin bir hak istimali mahiyetinde telâkki edilebileceği şüphelidir. Yargıcın vazifesi icabı olarak, taraflara iddia ve müdafaa imkânı vermek ve ileri sürülen iddia ve müdafaaları hükmüne esas ittihaz etmek ile mükellef olduğu muhakkaktır. Yargıcın bu mükellefiyetinin karşılığı ola-

(1) Egger, *Medeni Kanun şerhi* mad. 2, not 9; Huber, *Rechtsmissbrauch*, Bern 1909, s. 94; Fritzsche, *Aus der Rechtspflege einer Demokratie*, s. 83; Fritzsche, *Wahrheit und Lüge im Zivilprozess*, s. 43.

(2) 40. III. 160.

(3) Hellwig, *System*, s. 458; Rosenberg, *Lehrbuch*, s. 177; Schoenke, *Lehrbuch*, s. 6; Sauer, *Grundlagen des Prozessrechts*, s. 578 ve müt.; de Boor, *Rechtstreit*, s. 31; Benkendorf, *Treu und Glauben im Zivilprozessrecht*, JW. 1933, s. 2872; Belz, *Treu und Glauben und die guten Sitten in der ZPO*. Diss. Köln 1937; v. Poellnitz, *Die Arglistrede im Erkenntnisverfahren des Zivilprozesses*, Diss. Breslau 1937; keza haşiye 12 de zikredilen müellifler.

. Fransa için bak. Glasson-Tissier, *Traité de procédure civile*, 3 üncü tabı, cilt I, s. 418 ve müt.

(4) Schüle, *Treu und Glauben im deutschen Verwaltungsrecht*, *Verwaltungsarchiv* 38, s. 399 ve müt.; 39, s. 1 ve müt.

(5) Hellwig, *System*, s. 399; Rosenberg, *Lehrbuch*, s. 172 ve müt.

rak taraflardan her birinin de sübjektif bir âmme hakkını haiz olduğu ileri sürülmektedir. Bu fikirde olanlara göre işbu hak bilhassa, davada taraf olan kimsenin iradesile adalet mekanizmasını kendi menfaati için harekete geçirmek ve davanın seyrine müessir olabilmek imkânına malik olması şeklinde kendini göstermektedir. Bundan da şu netice çıkarılmak isteniyor ki taraflardan her biri adalet teşkilâtının faaliyetine iştirak hususunda, mahiyeti itibariyle bir alacak hakkına veya inşâî bir hakka müşabih, bir hakkı haizdir (6).

Halbuki taraflara mahkemeyi faaliyete getirmek hususunda tanınan salâhiyet, haddi zatında yargıca onların usulî muamelelerini kanun dairesinde nazara almak mükellefiyetini tahmil eden âfakî hukuk nizamının in'ikâsından başka bir şey değildir; bunun aksini isbat hemen imkânsızdır (7). Taraflara davanın seyrine müessir olabilmek imkânının tanınması, adalet teşkilâtının faaliyetine iştirak hususunda sübjektif bir hakkın mevcudiyetile meşrut olmadığı gibi kendilerine böyle bir hakkın tanınmış olduğuna dair müsbet hukukta herhangi bir mesnet te yoktur. Hattâ, sübjektif âmme haklarının mevcudiyeti bile inkâr olunmaktadır (8).

Tarafların usulî muameleleri sübjektif bir hakkın istimali mahiyetinde olmadığı cihetle âfakî hüsnüiyet esasının daha bu sebepten usul sahasında cari olamayacağı iddia olunabilirse de (9) bu aşırı bir iddiadır. Hususî hukukta bile âfakî hüsnüiyet esasının tatbik sahası sübjektif hakların istimaline münhasır değildir. Bu netice

(6) Ezcümle: Otto Meyer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3 üncü tabı, cilt I, s. 108 ve müt.; Fleiner, Institutionen, 8 inci tabı, s. 177; Rosenberg, Lehrbuch, s. 237; Hellwig, System, s. 291; Groh, Anspruch auf Rechtspflege, ZZP 51, s. 145 ve müt.; Carnelutti, Istituzioni del nuovo cod. pr. civ. it. s. 166 ve müt.

Dâvada tarafların böyle bir iştirak hakkına malik oldukları telâkkisinin izlerine Zürih usul mevzuatında da tesadüf edilmektedir. Ezcümle HMUK § 97 tarafların mahkemede söz söylemek «hakları» ndan bahsetmekte ve Cez. MUK § 430 bent 4 te de «tarafların haklarının» esaslı surette ihfâl edilmesi bir temyiz sebebi olarak kabul edilmektedir.

(7) Kohler, Der sog. Rechtsschutzanspruch, ZZP 33, s. 221; Nussbaum, Prozesshandlungen, s. 147 ve müt.; Sauer, Grundlagen, s. 561; Binder, Prozess und Recht, s. 335 ve müt.; Schoenke, Lehrbuch, s. 6; Glasson - Tissier I, s. 416; Calamandrei, Istituzioni di diritto pr. civ. I, s. 152 müt.

(8) Giacometti, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, s. 153; Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft, s. 78.

(9) Ezcümle Gaupp - Stein - Jonas, 15 inci tabı, Alman HMUK § 127 den önce İlmül. V 7. Mamafih bu, hiç olmazsa usulî mükellefiyetlerin şümulünün âfakî hüsnüiyet kaidelerine göre taayyün edemeyeceği demek değildir.

her şeyden evvel Borçlar Kanununun 156 ncı (TBK 154) maddesinden çıkmaktadır (10). Bu maddeye göre, tahakkuku âkitlerden biri tarafından âfakî hüsnüniyet kaidelerine aykırı olarak akim bırakılmış olan bir şarta tahakkuk etmiş nazarile bakılır. Keza âkitlerden biri yerine gelmesinde menfaati olan bir şartı âfakî hüsnüniyet kaidelerine muhalif bir surette tahakkuk ettirirse şart tahakkuk etmemiş sayılır (11). Bir şartın tahakkukunu temin veya akim bırakmak imkânına malik olmak sübjektif bir hakka dayanmadığı halde görülüyor ki âfakî hüsnüniyet prensipi bu sahada da cari bulunmaktadır. Borçlar Kanununun 156 ncı maddesi, hiç bir kimsenin âfakî hüsnüniyetle telifi kabil olmıyan bir hareketinden kendi lehine menfaat istihraç edemeyeceği esasına dayanmaktadır. Bu, şart müessesesi haricinde de tatbiki icap eden umumî bir prensiptir ve bunun için, takbih edilen hareket ister bir hakkın hudutlarının tecavüzünden ibaret olsun isterse hukukî netice tevlit edebilmek imkânının suiistimali şeklinde manzur olsun müsavidir. Sübjektif hakların istimalinde bile âfakî hüsnüniyet esasına riayet mecburî olduğuna göre bunun âfakî hukuk nizamının ferdlere tanımış olduğu imkânlardan mücerret istifade etmekten ibaret olan fiiller hakkında evleviyetle cari olması zaruridir. Binaenaleyh sırf, tarafların dâvadaki hareketlerinin bir hak istimali mahiyetinde olmadığı vakiasından âfakî hüsnüniyet esasının usul sahasında cari olamayacağı neticesi çıkarılamaz.

2. Bundan başka, bu prensipin usul sahasına nakline karşı deniyor ki: âfakî hüsnüniyet kaidelerine istinat edebilmek için alâkalı şahıslar arasında yekdiğerlerinin menfaatlerine karşılıklı olarak riayeti icap ettirecek derecede sıkı bir münasebetin mevcudiyeti lâzımdır. Böyle bir rabita hususî hukuk sahasında bilhassa yekdiğerine bir mukavele veya, komşuluk münasebetlerinde olduğu gibi, karşılıklı menfaatlerinin âdilâne bir surette tevzinini icap ettiren sair her hangi bir hukukî münasebetle bağlı bulunan şahıslar arasında mev-

(10) Federal Mahkeme, MK mad. 2 nin dahi sadece sübjektif hakların istimalini kasdetmediği esasından hareket etmektedir. Ezcümle 53 II 98 deki kararda, bir evlenme mukavelesi akdinin bazı hususî hallerde hakkın suiistimali mahiyetini arzedeğinden ve yargıcın bunu himaye etmemekle mükellef olduğundan bahsedilmektedir. Bir mukavele akdetmek salâhiyeti ise sübjektif bir hak olmayıp bilâkis medenî hakları kullanma ehliyetinin bir neticesidir. Fakat «hak» sözünden cari hayatta kanunen caiz veya menedilmemiş olan her hareket anlaşılabilir.

(11) v. Tuhr I, s. 660; not 16.

cuttur. Halbuki bir dâvanın tarafları arasında herhangi bir menfaat iştiraki mevcut değildir. Bilâkis bunların menfaatleri tamamen birbirine zıttır ve davada bir mücadele cereyan etmektedir; bunun her türlü kayıttan azade olarak ve hasmın iktisaden imhasına müncer olacak şekilde idaresi caiz olmamakla beraber ne de olsa bu, hak uğruna bir mücadeledir. Eğer birbirinden tamamen farklı olan iki hukukî durum bir tutulmak istenmiyorsa hususî hukuktaki âfakî hüsnüniyet kaideleri böyle bir mücadeleye tatbik edilemez (12).

Fakat bu düşünüş tarzı hukuk dâvasının hakikî mahiyetine uygun düşmemektedir. Filvaki taraflara iddia, müdafaa ve talepte bulunmak suretile geniş mikyasta dâvanın seyrine müessir olabilmek imkânı tanınmıştır. Fakat bu, akla gelebilen her türlü müdafaa vasıtasının daima dürüst bir silâh olarak kabul edileceği mânasına gelmez. Tarafların mahkeme huzuruna gelmelerinden gaye her şeyden evvel yargıca ihtilâfı bütün şümulü ile anlatmak ve hukukî mahiyet ve neticeleri hakkında hüküm vereceği vakıaları izah ve isbat etmektir. Tarafların davaya iştiraki yargıca hukukî durumu hakikatte olduğu gibi tesbit imkânını vermek gayesine matuftur. Binaenaleyh, dâvada kendilerine tanınmış olan imkânlardan hudutsuz bir şekilde istifade etmek tarafların keyif ve arzusuna bırakılamaz. Sübjektif hakların istimalinde bile âfakî hüsnüniyet esasına riayet mükellefiyeti mevcut olduğu halde bunların bir dâvada dermeyanı veya buna karşı müdafaa sadedinde mezkûr esasla kabili telif olmayacak bir taktik kullanılması asla caiz olamaz. Buna, hakkın yerine getirilmesi demek olan dâvanın gayesi dahi mânidir (13). Bu sebeple bir dâvanın taraflarının mücerret mücadele halinde bulunan iki hasım diye telâkkisi doğru değildir. Doğru bir görüşle bunlar daha ziyade, yargıcın karar verebilmesi için icap eden zemini hazırlamakla muvazzaf bir mesai birliği teşkil etmelidirler (14). Bundan dolayı dâvanın bazı müelliflerce, yalnız taraflarla mahkeme arasında değil aynı zamanda iki taraf arasında da hukukî bir rabıta doğuran, bir *hukukî münasebet* olarak telâkki edilmesinin tazammun ettiği bir mâna vardır.

(12) Görres, Ueber das Verschulden im Prozes, ZJP 34, s. 6 ve müt.; Nussbaum, Prozesshandlungen, s. 68; Planck, Lehrbuch I, s. 359; Rosenberg, Lehrbuch, s. 177.

(13) Hellwig, Lehrbuch II, s. 44.

(14) de Boor, Rechtsstreit, s. 68; Calamandrei, Istituzioni, s. 115, 191.

## II.

Suiniyetle dâva ikame ve takibine karşı ötedenberi mücadele edilmiştir. Ezcümle müşterek Alman usul hukukunda son zamanlara kadar rol oynamış olan bir tedbir, «Columnienseid» müessesesi bu gayeye hizmet ediyordu; buna göre taraflar dâvanın bida-yetinde, hüsnüniyetle hareket edeceklerine ve bile bile hakikate uy-mıyan iddialarda ve aslı olmıyan taleplerde bulunmıyacaklarına dair yeminle teminat vermeğe mecburdular (15). Modern usul hu-kukunda artık böyle bir müessese yoktur. Suiniyetle dava ikame ve takibine karşı usulî cezalar konmuştur: para cezası, celse harcı ve muhakeme masrafları, bazı yerlerde de hapis cezası. Taraflara dâ-vada dürüst hareket etmek mükellefiyetini sarahaten tahmil eden usul kanunları da mevcuttur ki Zürih Hukuk Mahkemeleri Usulü Kanunu buna bir misal teşkil etmektedir. Zürih HMUK § 90 aynen şöyle demektedir:

Taraflar bilerek haksız dâva açmamalı ve haklarının takibinde ancak meşru vasıtalara müracaat etmelidirler. Yargıca karşı hakikati olduğu gibi söylemekle mükellef-tirler. Suiniyetle dâva ikame ve takip eden resen disiplin cezasına çarptırılır (16).

Filvaki burada, tarafların dâvada hüsnüniyet kaidelerine ri-a-yetle mükellef olduklarından bahsedilmemekte ve başka kelimeler kullanılmaktadır (17), fakat hakikatte ifade olunan fikir Medenî Ka-nununun 2nci maddesinin dayandığı fikirdir. Taraflardan biri dâvada zahiren kanununun lâfzına uygun olarak hareket etse, iddia ve müda-faa ve talepleri şeklen yerinde olsa bile, dürüstlük düsturu veya

(15) Wetzel, System des ordentlichen Zivilprozesses, s. 312. Bir kısım italyan şehirleri hukukunda 16ncı asra kadar devam eden bir hükme göre bir dâvada meselâ sahte bir senet ibraz veya yalancı bir şahit ikame etmek su-retile suç işliyen taraf hareketinin cezası olarak dâvayı kaybederdi, Kohler ZZP 33, s. 237 ve müt.

(16) Aynı mealde: Bern HMUK mad. 42; Schwyz § 150; Nidwalden HMUK § 28; Glarus HMUK § 233; Zug HMUK § 59; Freiburg mad. 75, 448 fıkra 2; Solothurn HMUK mad. 18; Schaffhausen HMUK § 161; St. Gallen HMUK mad. 194; Thurgau HMUK §§ 109, 110; Wallis HMUK mad. 35; Genf mad. 485 ve müt.; Federal HMUK mad. 22, Teşkilât K. mad. 39 fıkra 2.

(17) Yalnız Schwyz (§ 150) ve Wallis (mad. 35) kanunları, tarafların ve avukatların usulî muamelelerinde âfakî hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükellef olduklarını tasrih etmektedirler.

umumî olarak hukuk mefhumu ile tenakuz teşkil ettiği takdirde hareketi doğru ve meşru değildir.

Zikredilen kanun hükmü, dâvada tarafların âfakî hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükellef oldukları telâkkisine dayanmakta ise de bu esas usul hukukuna hususî hukukta anlaşıldığı gibi nakledilmiş değildir. Hakkın suiistimalinin doğurduğu hukuki neticeler göz önüne getirilecek olursa her iki sahadaki fark derhal meydana çıkar. Usul hukuku dâvada dürüst hareket etmiyen tarafa usulî cezalar tertip etmektedir. Buna mukabil hak istimalinin âfakî hüsnüniyet esasile mahdut olduğuna ve bu esasa muhalif olan usulî bir muameleğe karşı hakkın suiistimali definin ileri sürülebileceğine ve o muamelenin muteber sayılmıyacağına dair hiç bir usul kanununda hüküm mevcut değildir. Bilâkis kanunun tertip ettiği usulî cezalar mezkûr usulî muamelenin muteber sayılması ve istihdaf ettiği usulî neticeden mahrum bırakılmaması ile meşruttur. Zira aksi halde usulî cezaya lüzum kalmazdı.

Federal Mahkeme çok alâka uyandıran bir kararında, usulî salâhiyetlerin istimalinde neden dolayı hakkın suiistimali definin yeri olmadığını ilmi bakımdan izah ve isbata çalışmıştır (18). Yüksek Mahkeme bu kararında diyor ki: «mektup hususî hukuk hayatın gösterdiği tenevvüleri tam olarak karşıyamaz... Kanun vazı ekseriya umumî bir prensip, bir çerçeve ile iktifa etmek mecburiyetindedir ki bu da tatbikatta bazan çok dar bazan da lüzumundan fazla geniş gelir. Medenî Kanununun 2 nci maddesi mektup hukukun işte bu eksikliğini tamamlamak istemekte ve âfakî hüsnüniyet esasına atıfta bulunmak suretile, meşru menfaatlerin himayesine hizmet etmiyen hakların mevcudiyet iddia edemeyecekleri hakkındaki umumî prensipi ifade etmektedir. Bu itibarla 2 nci maddenin tatbik sahası evvelemirde hususî hukuk sahasıdır. Usul ve hattâ takip hukukunda, Medenî Kanununun 2 nci maddesinin vazını icap ettiren sebep mevcut değildir. Hususî hukuk tarafından tanzim edilen hayat münasebetleri esas itibarile ... bir şeniyet olarak mevcut oldukları halde... usul ve takip hukuku, resmî makamın ve tarafların takip edecekleri yolu önceden tayin etmek ve böylece bütün muamelelerin derpiş edilenden başka türlü cereyan etmesine imkân bırakmamak suretile, tanzim ettiği münasebetleri ve bunlardan doğan menfaatleri biz-zat yaratmaktadır. Şu halde burada çarpışan menfaatlerin neler olduğunu önceden kestirmek mümkündür. Bu sebeple usulün tanı-

diği salâhiyetler mezkûr menfaatler tam ve dakik bir surette tartıldıktan sonra kabul edilmişlerdir ve kanun vazınının telâkkisine göre daima meşru bir menfaati korumaktadırlar. Binaenaleyh herhangi bir hâdisede ortada böyle bir menfaatin mevcut olmadığı ileri sürülerek bunların inkârı cihetine gidilemez (19)...

Federal Mahkemenin bu telâkkisine karşı şunları söylemek istiyoruz: Evvelâ usul kanunlarının, şayanı himaye olan menfaatlerin hududunu kesin olarak tayin gayesiyle muhtelif yönlerde hükümler vazettiği şüphesiz doğrudur. Yargıç böyle hükümlerden inhiraf edemez. O derecede ki taraflardan birinin böyle bir kaideden hasmını munsif olmıyan bir zarara sokacak şekilde faydalanması halinde dahi bunlardan inhiraf caiz değildir. Her şeyden evvel muhakemenin haricî seyrini tanzim eden, bilhassa usulî muamelelerin şekil ve zamanını tayin eden kanun hükümlerinde vaziyet böyledir. Taraflardan biri kanunî şekillere riayet etmezse hasmının bunu ileri sürmesine mani olunamaz. Fakat usul hukuku bu sahada bile, yargıcı her hâdisenin hususiyetlerini nazara almak imkânından mahrum bırakacak şekilde kat'î kaideler vazetmekten çekinmektedir. Bu hususta sadece, muayyen celseyi veya mehli kaçırmak suretile düşen hakların, ilgili tarafın ağır bir kusuru bulunmamak şartile, eski hale getirilmesinin kanunen kabul edilmiş olduğunu hatırlatmak kâfidir (20). Böyle bir vaziyette bizzat usul hukukunun dahi hususî bir çare düşünmüş olması gösteriyor ki yargıcın kesin hükümlerle sıkı sıkıya bağlanması hususî hukukun olduğu kadar umumiyetle usul hukukunun da mahiyetine uygun düşmemektedir. Binaenaleyh, usul hukukunun âmir seciyesinin âfakî hüsnüniyet gibi umumî bir prensipe yer bırakmadığı iddiası aşırı bir iddiadır.

Davanın takip edeceği seyrin, Federal Mahkemenin zikredilen kararında kabul ettiği derecede kesin olarak önceden tayin edilmiş olduğu da doğru değildir. Oskar Bülow dahi «hiç bir taknin tekniğinin ve ne kadar mufassal ve geniş tutulmuş olursa olsun hiç bir kanunun, namütenahî tenevvü arzeden dâva vaziyetlerinin her birisini en ufak teferruatına kadar tayin eden ve riyazî bir ehemmiyetle hedefine varan bir hüküm vazetmeğe şimdiye kadar muvaffak olma-

(19) Aynı mealde: 41 III 189, 308; 55 III 28; 56 III 219; 60 Iı 490. Federal Mahkeme 65 II 139 daki kararında aksi tezi müdafaa etmektedir, bu hususta bak. aşağıda haşıye 25. Bazı Zürih mahkemeleri kararlarında âfakî hüsnüniyet esasının usul sahasında da cari olacağı kabul edilmiştir, ZR 25 Nr. 133 s. 200; 27 Nr. 16.

(20) Zürih Teşk. Mahakim K. § 221.



dığına» işaret etmiştir (21). Eğer kanun vazı hususî hukukta olduğu gibi usul hukukunda da eksiksiz bir nizam yaratmak kudretinden mahrum ise bu takdirde, Federal Mahkemenin bahsettiği, «mektup hukukun eksik tarafı» nı âfakî hüsnüniyet esasile tamamlamak bu sahada da zarurî olabilir.

Bununla beraber şöyle bir itiraz daha akla gelebilir: bir hakkın âfakî hüsnüniyet kaidelerine aykırı olarak istimali hususî hukukta haklı bir fiil değil bilâkis haksız bir hareket tarzıdır ki faili bundan kendi lehine olarak hiç bir netice istihraç edemeyeceği gibi hukukan himaye de görmez. Fakat bu mânada olarak haksız hiç bir usulî muamele yoktur (22). Suiniyetle açılmış bir dâva bile hukukan muteber bir dâvadır ve ihtilâfı diğer herhangi bir dâva gibi bütün neticelerle derdest bir hale getirir ve yargıç tarafından usulüne tevfikân bir karara bağlanmak mecburiyeti vardır. Keza hakikate uymıyan veya dâvayı uzatmak maksadına matuf bulunan bir iddia da usulî bir muameledir ve hiç olmazsa yargıcın bunu herhalde tetkik ederek bir karara bağlamasını icap ettirir. Mesele bu zaviyeden görülürse, hakkın suiistimalinin haksız bir fiil olduğu ve ancak böyle bir fiilin neticelerini doğurabileceği esasının böylece usul hukukuna nakline imkân yoktur. Keza usulî muamelelerin hususî hukuktaki hukukî muamelelerle bir tutularak umumî adâp ve ahlâka aykırı oldukları takdirde kendiliklerinden batıl olacakları da kabul olunamaz (23). Bu bakımdan usul sahasında âfakî hüsnüniyet esasının cari olamayacağı belki ileri sürülebilir.

Fakat böyle bir düşünüş tarzı ziyadesiyle sathîdir. Âfakî hüsnüniyet kaidelerine aykırı olan usulî muamelelerin de yargıç tarafından nazara alınması mecburî ve bu itibarla muteber oldukları doğru olmakla beraber yargıç bunları hukukî neticeden mahrum bırakmak, mesmu veya varid olmadıkları esbabı mucibesile red etmek mecburiyetindedir (24). Tabiatile bu hususta hakkın suiistimali müesse-

(21) Archiv f. ziv. Pr. 64. s. 15.

(22) Helwig, System, s. 424; Helwig, Prozesshandlungen und Rechtsgeschäft, Festgabe Gierke II, s. 51.

(23) Helwig, Prozesshandlungen und Rechtsgeschäft, s. 51.

(24) Suiniyetle dava ikame ve takibi memnuiyeti, hususî hukuktan gelme bir tabirle, «lex minus quam perfecta» (= sadece cezaî bir müeyyidesi olan hüküm, T. ç.) olarak isimlendirilebilir. Böyle bir dâva ikame ve takibi usulî bir haksız fiil ise de bahis mevzuu usulî muamelelerin muteber sayılmamasını değil ancak usulî ceza verilmesini mucip olur. Şu ciheti hatırdan çıkarmamak lâzımdır ki usul hukukunda muteber olan ve olmıyan usulî muameleler tefriki hususî hukukta olduğu kadar mühim bir rol oynamaz. Meselâ

sesinden istianeye umumiyetle ihtiyaç yoktur: esassız olduğu anlaşılan dâva, ister hüsnüniyetle ister suiniyetle açılmış ve dürüst olmayan bir şekilde takip edilmiş olsun, reddolunur (25). Müdafaa vasıtalarında da vaziyet aynıdır: müdafaanın yersiz olduğu isbat olunabilmişse, suiniyetle mi ileri sürülmüş olduğunu araştırmaya hacet kalmaksızın, reddolunması lâzımdır. Fakat dâva veya buna karşı ileri sürülen itirazların maddî bakımdan varit olup olmadıklarının bir tesiri olmaksızın dahi usulde hakkın suiistimali meselesi ortaya çıkabilir. Gerçi bu gibi vaziyetler nisbeten nadir olabilirler. Fakat üzerinde ehemmiyetle durulması icap eden bilhassa bu gibi hallerdir ve yargıca, hakkın suiistimaline müncer olan usulî muameleleri himayeden mahrum etmek salâhiyetinin tanınması zarurî olduğunu gösteren de yine bunlardır.

Herşeyden evvel usul hukukundaki mukaveleler bakımından bu noktainazar mühim olabilir. Burada sadece, meselâ mahkeme huzurundaki sulhte olduğu gibi, daha ziyade maddî hukuka ait unsurları ihtiva eden mukaveleler bahis mevzuu değildir. Âfakî hüsnüniyet esasî sırf usule ait mukaveleler, yani bir mahkemenin salâhiyetini kabul veya tahkim anlaşması gibi taraflara karşılıklı mükellefiyetler tahmil etmeyip bilâkis bir mahkemenin salâhiyetine veya bir heyetin vazifesine esas teşkil eden aktiller hakkında da caridir. Son olarak zikredilen mukavelelerde âfakî hüsnüniyet esasî bilhassa, taraflardan birinin vaziyetinin ehemmiyetli surette değişmesi halinde mukaveleye ne dereceye kadar bağlı kalacağı meselesinin halli bakımından mühimdir. Dâvacı hakemler huzurunda açacağı davanın

usulüne aykırı olarak açılmış bir dâva veya müddeti geçtikten sonra kanun yoluna müracaat muteberdir; yargıcın bu hallerde dahi bir karar vermekle mükellef olması bunu gösterir. Fakat tarafların usulüne uygun olmayarak yapılmış olan usulî muameleleri kaideten hükümsüzdür; yargıç vereceği kararlar bunları istihdaf ettikleri neticelerden mahrum bırakır. Suiniyetle dava ikame ve takibi memnuiyetine veya umumî olarak âfakî hüsnüniyet kaidelerine muhalif olan usulî muameleler hakkında da aynı esas caridir.

(25) Tarafların mahkemeden hükme bağlanmasını istedikleri hak muhayyel olsa bile, Federal Mahkemece 65 II 139 daki kararda ileri sürülen noktainazar hilâfına olarak, hakkın suiistimali müessesesine müracaata ihtiyaç yoktur. Dermeyan edilen hak bu halde de mevcut değildir ve binnetice dâva varit olmadığından red olunmak lâzımdır. Doğru olan cihet ancak, resen tahkikat prensibinin cari olmadığı davalarda dahi yargıcın hakikate uymayan ikrarlarla bağlı olmadığıdır. Zira taraflar hakikatı söylemekle mükelleftirler (Zürih HMUK § 92). Bu mükellefiyete aykırı olan hareketlerinden taraflar, velev birbirleriyle anlaşmış olsalar bile, hiç bir suretle istifade edemezler, bak. aşağıda IV.

masraflarına mukabil bir avans veremeyecek ve binnetice hakeme müracaat edemeyecek bir duruma düştüğü halde dâva edilen tahkim şartını ileri sürerek mahkemede vazife itirazlarında bulunabilecek midir? Yoksa böyle bir halde dâvacının, adli müzaharetten istifade edebilmesi için, hakeme müracaat yerine mahkemede dâva açmasına cevaz vermek mecburiyeti yok mudur? Yahut, bilhassa siyasi buhran zamanlarında amelî bir ehemmiyet iktisap eden bir vaziyeti zikredelim: hâdisede hasren salâhiyettar olacağı taraflarca mukavele edilmiş olan mahkeme memleket dışında ve bilhassa dâvacının hakkını istihsal edeceğine siyasi sebeplerden dolayı güvenemeyeceği bir memlekette bulunduğu takdirde dava edilen böyle bir salâhiyet şartına istinat edebilecek midir? Bu gibi meselelerin âfakî hüsnüniyet esasına müsteniden halli zarurî olduğu kendiliğinden anlaşılmaktadır. Böyle bir mukavele amelî neticesi itibarile taraflardan birini hakkını istihsal imkânından mahrum bıraktığı takdirde buna istinat usulî salâhiyetlerin açık bir suiistimali şeklini alabilir ki yargıç bunu himaye etmiyecektir.

2. Mukavele gerçi usul hukukunun tipik bir müessesesi değildir. Fakat usulî salâhiyetlerin âşikâr bir surette suiistimalinin himaye görmeyeceği esasî usul hukukuna has müesseselerde de kabili tatbiktir. Hukukî himaye bir ihtiyaç olmadan açılan davalarda vaziyet böyledir. Bir dâvanın dinlenebilmesi için mahkemeye müracaatta kabule şayan bir menfaatin mevcudiyeti şart olduğu kanunlarda yalnız tesbit dâvaları hakkında tasrih edilegelmekte ise de (26) bu, mevzuu ne olursa olsun bütün dâva neveleri hakkında carî olmak lâzımdır. Zira ne mahkemenin ne de hasmın, maddî hukuk bakımından varit olsa bile, bir fayda temin etmiyecek dâvalarla taciz edilmesi caiz değildir (27). Kabule şayan bir menfaat olmaksızın vukubulan ve sırf gayrı izrar eden bir hak istimali hususi hukukta nasıl himayeden mahrum ise hiç bir hukukî himaye ihtiyacına tekabül etmeyen ve mücerret bir şekilden ibaret olan bir dâva da dinlenmemek lâzımdır (28). Zürih mahkemeleri bu prensipin nazari

(26) Zürih HMUK § 92.

(27) Hellwig, System, s. 256 ve müt.; Rosenberg, Lehrbuch, s. 241; Glasson-Tissier I 439; Codice di procedura civile it. mad. 100.

(28) «Hukukî himaye istemek hakkı» diye isimlendirilen hakkın bir neticesi olarak ekseriya, hukukî himaye ihtiyacı mevcut olmadıkça dâvacının yargıçtan hüküm istemeğe hakkı olmadığı kabul edilmektedir. Buna mukabil bak. Kohler, ZZP 33, s. 229; Kohler hukukî himaye istemek hakkı diye bir şey kabul etmemekte ve fakat sırf izrar için mahkemeye müracaat olunamayacağını ileri sürmektedir.

taraf ile meşgul olmaktan ziyade onu hâdiselerde ötedenberi tatbik edegelmişlerdir. Ezcümle mahkemeden infazına imkân olmıyan bir karar istendiği takdirde bu talebin esasına girmeği kabul etmemişler, yahut verilecek ilâmın infazının münhasıran yabancı bir memlekette bahis mevzuu olması ve halbuki İsviçre mahkemelerinin salâhiyeti kabul olunmaması itibariyle hükmün cebri icraya esas teşkil edememesi takdirinde eda dâvasını dinlememişlerdir (29).

3. Âfaki hüsnüniyet prensipi usul sahasında tesirini bilhassa, taraflardan hiç birinin dürüst olmıyan bir şekilde meydana getirdiği bir durumdan usulî menfaat temin edememesinde gösterir. Bunu hususî hukukun evvelce zikrettiğimiz bir kaidesine, hiç bir kimse nin dürüst olmıyan bir hareketinden menfaat temin edemeyeceği esasına bağlamak ta mümkündür. Filvaki bu prensip usul kanunlarında umumî bir şekilde ifade edilmiş değildir. Fakat delillere ait bazı hükümlerde bunun tatbik edildiği de vakidir. Netekim bir senedi ibrazdan veya şahsan isticvabı sırasında sorulan suallere cevap vermekten imtina etmek suretile hasmına iddiasını isbat imkânı vermıyen tarafın, münazaalı husus bu yüzden aydınlanamadığı takdirde, davadaki durumunu iyileştiremeyeceği kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu gibi hallerde, isbatı icap eden vakıya sabit nazarile bakılmak veya hiç olmazsa beyyine külfeti kendisine tevcih edilmek suretile daha ziyade hasmının lehine hareket edilmektedir (30). Hususî bir hükümle ister menedilmiş olsun isterse olmasın, takbih edilmeğe değer bir hareketin failine bir menfaat temin edemeyeceği esas usul hukukunda da umumî olarak caridir (31). Ezcümle taraflardan birinin kendisine tebliğ edilmek istenen mahkeme karar ve ilâmlarını, davanın ilerlemesine mani olmak için tebelluğdan imtina etmesi halinde tebliğe yapılmış nazarile bakılacağına dair müteaddit mahkeme kararları vardır (32). Hali vakti yerinde bir alacaklının adli müzaharetten istifade maksadile alacağını fakir bir kimseye temlik etmesi halinde bu şahsın adli müzaharet talebi aynı sebepten dolayı reddolunabilir. Böyle bir temlikin medenî hukuk bakımından muteber olup olmaması bu hususta haizi tesir değildir. Mühim olan nokta, dürüst olmıyan bir hareketten hiç bir usulî menfaat temin edilemeyeceği keyfiyetidir (33).

(29) ZR 26 Nr. 1, 185; 22 Nr. 24; 39 Nr. 5.

(30) Zürih HMUK §§ 181, 230.

(31) Hellwig, System, s. 458 ve müt.

(32) FMK 35 I 871; 50 II 66; Praxis 22 s. 156; ZR 34 Nr. 122.

(33) Taraflardan birinin hile kullanarak hasmının muayyen celsede

4. Bir kimsenin diğer bir şahısta haklı olarak uyandırdığı bir itimadı boşa çıkarmaktan memnu olması da hususî hukukta âfakî hüsnüniyet esasının bir neticesidir (34). Bu kaidenin de usul hukukunda yeri vardır. Bu esas hususî hukuktaki kadar olmasa bile beyanların tefsirinde bir rol oynamaktadır. Yargıç gerçi taraflardan birinin dâva sırasındaki müphem beyanlarının mânasını kendisine sual sormak suretile meydana çıkaracaktır. Fakat bu esas şu bakımdan mühimdir ki taraflar bunun tatbikinde yargıça yardım etmekle mükelleftirler. Binaenaleyh taraflar dâvanın kanunî şekiller daire-sinde yürümesine yardım etmeğe mecburdurlar. Bu, taraflardan birinin hasmı veya mahkeme tarafından usulî bir hata işlenmiş olduğuna muttali olması halinde ehemmiyet kazanır. Böyle bir hataya muttali olan taraf davanın herhangi bir safhasında ve dilediği anda kayıtsız ve şartsız olarak buna istinat edemeyeceği gibi dâvanın aleyhine neticeleneceğini hisseder etmez arada yapılan bütün muameleleri hükümsüz bırakarak bunların yeni baştan tekrarını temin maksadile onu elinde bir silâh olarak da saklıyamaz. Usulî bir hataya muttali iken bunu ileri sürecek yerde dâvaya devam eden tarafın, ihlâl edilen usulî hüküm daha ziyade âmme mülâhazasile vazedilmiş bir hüküm olmadıkça, bundan bilâhara istifade etmeğe kalkışmasına âfakî hüsnüniyet kaideleri mânidir. Muttali olduğu bir hatayı hemen ileri sürmıyen taraf başkalarında, yapılan muameleleri kabul etmiş olduğu kanaatını uyandırır. Bu hareketile bilâhara tenakuza düşmesi âfakî hüsnüniyet esasile kabili telif değildir (36).

bulunmasına mani olması ve meselâ onu mahkeme binasında yanlış bir yere göndermesi veya hilâfı hakikat olarak kendisinin de celsede bulunmayacağını söylemesi halinde bu esasın tatbiki mümkün değildir. Zira hazır bulunmıyan taraf celseye gelmiş farz olunamaz. Kanun burada, ağır bir kusur o.maksızın celseye gelememek yüzünden düşen hakların eski hale getirilmesini kabul etmekle başka bir çare düşünmüştür. Teş. Meh. K. § 221. Celseye gelmiyen tarafın ihmâline karşı hasmının hile kuılanmış olması halinde ise ortada ağır bir kusur yoktur.

(34) Egger, Medenî Kanun Şerhi, mad. 2, not 2.

(35) Zürih HMUK 99.

(36) Aİman HMUK § 295 ten farklı olarak Zürih Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununda, taraflardan birinin usulî merasime riayetden feragat edebileceği umumî bir şekilde ifade edilmiş değildir. Fakat Teşk. Mahakim K. § 120 de, dâvaya bakmaktan memnu veya reddolunmuş bir yargıç huzurile yapılan muamelelerin butlanını iddiadan bile feragat edilebileceği yazılı bulunmaktadır. Binaenaleyh, alâkalı tarafın hususî menfaatlarını korumak gayesile vazedilmiş oldukça, o derece mühim olmiyan usulî bir merasime riayetsizliği dermeyen etmekten evleviyetle feragat caiz olmak lâzımdır.

## III.

Âfakî hüsnüniyet esası bu şekilde usul hukukunda da hak istimalinin bir hududu olarak bahis mevzuu olmaktadır.

Fakat bu esas aynı zamanda, davada muayyen bir harekette bulunmak mükellefiyetini de tahmil edebilir. Bu, bilhassa delillerin ikamesi bahsinde hassatan şu bakımdan mühimdir: bir iddianın delillerini göstermek beyyine külfeti kendisine düşen tarafa ait bir iştir. Fakat böyle vaziyetler olabilir ki bu delilleri ancak hasım taraf bilir. Bu takdirde delilleri söylemekten kaçınmak suretile isbatı imkânsız hale getirmek onun için tabii olabilir. Ezcümle dâvacı dava edilenin, münazaalı vaziyet hakkında malûmat sahibi olduklarını bildiği müstahdemlerinin şahadetine istinat ediyor ve fakat bunların isimlerini bilmiyor ve ancak dâva edilenin söylemesiyle öğrenebilecek bir durumda bulunuyor. Yargıcın dâvacıya bir delil temin etmek maksadile dâva edileni şahsan isticvaba salâhiyeti olmadığı belki iddia olunabilir (37). Zira bir delilin ikame ve tetkikinden gaye münazaalı bir hususun tesbitin mümkün kılmaktır yoksa bir tarafa dâvasını yürütebilmek için muhtaç olduğu mesnet veya delillerin temini değildir. Kanunun bir tarafa delilleri söyletmek için hususî herhangi bir cebir vasıtası derpiş etmemiş olması da bununla hemâhenktir. Şahsan isticvabı sırasında cevap vermektan kaçınan taraf usulî cezalardan başka ancak isticvabın mevzuunu teşkil eden vakıaları ikrar etmiş addolunmak tehlikesine maruz kalabilir (38). Fakat böyle bir ikrar faraziyesi bir şahidin hüviyetini tesbit imkânını vermez. Bundan başka deniyor ki: bir hususun isbatına çalışmakla her iki taraf mükellef değildir bilâkis bu ancak beyyine külfeti kendisine düşen tarafın vazifesi olabilir.

Bu pek dar bir düşünüş tarzıdır. Filvaki bir hususun isbat edilememesinin rizikosu onu isbat ile mükellef olan tarafa aittir. Fakat bundan hasımın isbata yarıyabilecek vakıaları söylemekle mükellef olamayacağı neticesi çıkarılamaz. Gerçi usul kanunları hasım ancak bir noktada delil tedarikine mecbur tutmaktadırlar. Hasım taraf, delil olarak istinat olunan menkul eşya ile senetleri ibraz etmekle mükelleftir (39). Fakat bu hüküm gösteriyor ki bizzat hasımın dahi hâdisenin aydınlanmasına yardım etmekle mükellef olduğu fikri usul hukukuna yabancı değildir. Bundan başka dâvanın gayesi ha-

(37) Gauop - Stein - Jonas. Alman HMUK § 445, mülâhaza VI 1.

(38) Zürih HMUK § 181.

(39) Zürih HMUK § 228.

kikatin meydana çıkarılması olduğu ve tarafların davada hüsnüiyet kaidelerine riayete mükellef buldukları düşünülecek olursa hasmının iddiasını isbat edemeyecek bir duruma düşmesinden diğer tarafın istifadeye kalkışmasına cevaz verilemez. Bilâkis, hasmına bir delil ikamesini mümkün kılmak, bulamayacağı şahitleri bildirmek bahis mevzuu olsa bile taraflardan her birinin bilgisini hakikatin meydana çıkması uğrunda sarfetmesi dâvada hüsnüiyetle hareketin icabatındandır. Yargıç için gerçi taraflardan birinin kendi aleyhine olarak harekette bulunmağa mecbur tutulmasının doğru olup olmayacağına tereddüt hasıl olabilir. Binaenaleyh bir taraf hasmının istinat etmek istediği delilleri bildirmeye mecbur tutulamaz denebilir. Ancak bir delilin mutlaka bunu bildirecek olan taraf aleyhine netice vermesi de icab etmez. Fakat bu delilin ikamesi halinde vaziyete göre kendi iddiasının aksinin sabit olmasını muhakkak görüyorsa bu takdirde böyle bir iddiada bulunmakla hakikatı olduğu gibi söylemek mükellefiyetini ihlâl etmiş demektir. Binnetice bildiği bir delili söylemeye mecbur tutulmakla şayanı himaye hiç bir menfaati ihlâl edilmiş değildir (40).

Yargıca böyle bir beyan mükellefiyetini ifaya icbar imkânını verecek tedbirler de yok değildir. Usul kanunlarında buna dair hususî hükümler mevcut olmamakla beraber, yukarıda izah olunduğu veçhile, hiç bir taraf dâvada hüsnüiyetle hareket esasına muhalefet suretile kendisine bir menfaat temin edemez. Beyanda bulunmak mükellefiyetinin ifası ise bu esasın icabatındandır. Bu sebeple bir delilin ikamesini mümkün kılacak malûmatı vermekten imtina, bu malûmatı vermekle mükellef olan taraf lehine bir netice hasıl edemez. Bilâkis isbatı bahis mevzuu olan hususun isbat edilememesinin neticelerinden o tarafın mesul olması lâzımdır. Binaenaleyh beyan mükellefiyetini yerine getirmedeği takdirde beyyine külfetinin kendisine tevcih olunacağına ihtar edilmesi pekâlâ mümkündür.

(40) Yargıç delillerin, serbestçe takdiri esasına dayanarak, taraflardan birinin kendisince malûm olan bir delili söylemekten imtina etmesi keyfiyetinden bu delilin ikamesiyle iddiasının aksi meydana çıkacağı neticesine varabileceğine göre bu gibi hallerde bir beyan mükellefiyetinin kabulü zait gibi görünebilir. Fakat bir beyan mükellefiyeti mevcut olmasaydı bu takdirde bir delili bildirmekten imtina eden taraf kendisine tanınmış olan usulî bir salâhiyeti istimal etmiş olacaktı; bu halde ise dâvada kendi lehine tahaddüs eden bir vaziyetten kanuna uygun olarak istifade etmesinden iddiasının doğru olmadığı neticesine varmakla fazla ileri gidilmiş olacaktı.

Böyle bir beyan mükellefiyeti yalnız deliller hakkında değil vakıalar hakkında da mevcut olabilir. Ezcümle iddia ve beyyine külfeti hasmına teveccüh etse bile hiç bir taraf, bahis mevzuu vakıayı ancak kendisinin bilebilecek durumda olması sebebiyle hasmının tahminlere müsteniden umumî mahiyette iddialarda bulunmak zorunda kalması halinde, bu vakıayı mücerret inkâr ile iktifa edemez (41). İddia ve beyyine külfetinin hasmına teveccüh etmesi, bahis mevzuu bilcümle vakıaların iddia ve isbat olunamaması halinde dâvanın hasım aleyhine neticeleneceğinden başka bir şey ifade etmez; bu ise diğer tarafın âfakî hüsnüniyet kaidelerine göre vakıaları teferruatile bildirmek ve bu suretle delil ikame edilebilmesi için icabeden zeminini hazırlamakla mükellef tutulabilmesine manî bir keyfiyet değildir.

#### IV.

Görülüyor ki usul hukukunda da âfakî hüsnüniyet esasına riayet edilmek lâzımdır. Fakat burada hususî hukuka nazaran esaslı farklar mevcuttur. Evvelâ tarafları dâvada hüsnüniyetle harekete mecbur eden sadece hasmın menfaatleri değildir. Hasım ile anlaşarak bile olsa, meselâ üçüncü şahısları aldatmak gayesile bir hüküm istihsali için, yargıcın yanlış bir yola saptırılması memnudur. Sanıyen usul hukukunun şu hususiyeti vardır ki dâvada suiniyetle yapılan bir muamelenin neticesiz bırakılması için kaideten âfakî hüsnüniyet esasına istinada ihtiyaç yoktur. Dâvada suiniyetle hareketin gayesi yargıcı yanlış yola saptırmak yahut maddî hukuk durumunun tesbitini imkânsız bir hale getirmek veya bunu geciktirmektir. Halbuki hakikî durum tesbit olunabilirse bu takdirde, taraflardan birinin haiz olduğu usulî salâhiyetleri ne dereceye kadar suiistimal etmiş olduğunu araştırmağa hacet kalmaksızın, suiniyetle hareket neticesiz kalır. Ancak hususî bazı hallerde yargıç usul sahasında da hakkın suiistimalinin himaye göremeyeceği esasına istinat edebilir. Nihayet şu cihet te düşünölmek lâzımdır ki cemiyette sulh ve sükün ve hukukî emniyet namına her ihtilâfın kat'i olarak sona ermesi de zaruridir. Binaenaleyh muhkem bir kaziyyeye karşı hiç

(41) Mesellâ işçinin ifaya amade olduğu hizmeti haklı bir sebep olmaksızın kabulden imtina etmiş olan ve Borçlar Kanununun 332 inci maddesine müsteniden kendisinden ücret dâva edilen bir iş sahibi işçinin başkaca bir kazanç temin etmiş veya diğer bir işi kasden kabul etmemiş olduğunu iddia ederse bu takdirde işçi mücerret bir inkârla iktifa edemez bilâkis başka suretle bir kazanç teminini imkânsız hale getiren sebepleri izah etmekle mükelleftir.



bir taraf bunun yanlış olduğunu ve hasım tarafından âfakî hüsnü-  
niyet kaidelerine aykırı bir surette istihsal edilmiş bulunduğunu ile-  
ri süremez. Gerçi muhkem bir kaziiyyeyi ortadan kaldırabilmek için  
hiç bir çare de yok değildir. Fevkalâde kanun yolları bu gayeye hiz-  
met etmektedirler; fakat bu suretle muhkem bir kaziiyenin bertar-  
raf edilebilmesi, hudutları kesin olarak tayin edilmiş bir kaç hale  
inhisar ettirilmiştir. Amelî bakımdan vaziyet şudur ki dâvada hile  
istimali ancak bir suç teşkil ettiği ve bu da bir ceza ilâmile sabit  
olduğu takdirde muhkem bir kaziiyenin ortadan kaldırılmasına bir  
sebeup teşkil edebilir (42, 43). Tatbikat —İsviçreden ziyade yabancı  
memleketlerde (44)— iadei muhakeme sebeplerinin lüzumundan  
fazla dar tutulmuş olduğunu göstermiştir. Bunlar tabii hak duygu-  
sunun, taraflardan birinin suiniyetle istihsal ettiği bir ilâmın hâdi-  
sede son sözü teşkil etmemesini icap ettirdiği bütün halleri ihtiva  
etmemektedirler. Bu gibi hallerde, hiç bir kanun yolu mevcut olma-  
sa bile, bir çare bulmak için çok emek sarfedilmiştir (45). Bu me-

(42) Zürih HMUK § 351 bent 1. Bu hükümden mefhumu muhalif yolile  
(argumentum e contrario) şu netice çıkmaktadır ki âfakî hüsnüniyet kaide-  
lerine aykırı bir hareket bir suç teşkil etmediği veya bir ceza ilâmile sabit  
olmadığı takdirde iadei muhakeme sebebi teşkil etmez ve Zürih HMUK § 351  
bent 2 ye de girmez. Bu son hükme müsteniden ancak, evvelce ilâm ile ka-  
bul edilmiş olan hakkın mevcut olmadığını veya reddedilmiş olan hakkın  
mevcut olduğunu doğrudan doğruya göstermeğe yarayan yeni vakia ve deliller  
dermeyeran edilebilir. Dâvaya iştirak edenlerden birinin adaletin nefine olarak  
konmuş olan mükellefiyetlere aykırı hareket etmiş olması ancak 1 inci bent  
teki şartlar altında dermeyeran edilebilir. Fakat 1 inci bent ceza takibatının  
failin bilinmemesi, kaybolması, ölümü veya ceza ehliyetini haiz olmaması,  
takibin müruru zamana uğraması veya bunlara benzer bir sebeple imkânsızlaş-  
ması hali nazara alınmamış olması, itibarile bir boşluk arz etmektedir. Bu gibi  
hallerde ortada bir ceza ilâmı mevcut olmaksızın dahi iadei muhakeme yoluna  
gidilebileceği Bern HMUK § 368 fk. 3 te tasrih edilmektedir.

(43) Taraflardan biri hakikate uymıyan beyanlarda bulunmak suretile  
hasmına ilânen tebligat yapılmasını temin eder ve binnetice bir hükmü gıyabî  
sadır olursa bu Zürih HMUK § 344 bent 5 e göre bir temyiz sebebi olabilir.

(44) RGZ 46 No. 22; 61 No. 87; 75 No. 53; 78 No. 155 No. 9.

(45) Alman Temyiz Mahkemesi, âfakî hüsnüniyet kaidelerine muhalif  
surette bir kaziiyeyi muhkeme istihsal etmiş olan taraf aleyhine bu ilâmın ne-  
ticelerini bertaraf etmek üzere bir tazminat dâvası açılabilirliğini kabul et-  
mektedir, haşiye 44 te zikredilen kararlara bak. İlim sahasında mesele münaka-  
şalıdır. Dâvada dürüst olmiyan bir hareketin medeni hukuk bakımından  
tazminat borcu doğurana bir haksız fiil teşkil ettiğinden gerçi şüphe edilemez.  
Fakat muhkem bir kaziiyeye ortadan kaldırılmış olmadıkça onun doğru olup  
olmadığı münakaşa edilemez. Bu itibarla taraflardan hiç biri hasmının dürüst

yanda hile kullanmış olan taraf muhkem kaziyede bulunduğunda takdirde kendisine karşı hakkın suiistimali definin ileri sürülüp sürülemediği düşünülebilir (46). Sırf pozitif hukukun böyle bir imkân derpiş etmemiş olması sebebiyle bu suale menfi cevap verilemez. Öyle hukuki vaziyetler vardır ki onlarda muhkem kaziyeye tesislerini bütün şümülü ile gösteremez. Netekim kanunda buna dair bir hüküm mevcut olmadığı halde, borçlu alacaklılarını veya bunlardan bir kısmını zarara sokmak kasdile mahkeme huzurunda hakikate uymıyan bir ikrarda bulunmak veya aslı esası olmıyan bir dâvayı kabul etmek suretile kendisine üçüncü bir şahsa bir mal temlikli borcunu yükliyen muhkem bir kaziyeye istihsaline imkân verdiği takdirde dahi bu gibi mal temliklerinin İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre iptali istenebilmektedir (47). Üçüncü şahsın iptal dâvasına karşı borçlu aleyhine sadır olmuş olan muhkem kaziyeye istinat edemeyeceği keyfiyeti iflâs halinde açılan iptal dâvasında şu bakımdan bedihi değildir ki bu halde iptal dâvasını açmak hakkı iflâs masasına aittir (48) ve masa idare memuru tarafından dermeyan edilmek lâzımdır (49), bu itibarla iflâs alacaklısının şahsına ait ve borçlu aleyhine sadır olan muhkem kaziyenin şümülüne girmiyen bir hak mahiyetinde değildir. İflâs masasına, sadır olan ilâmı ortadan kaldırabilmek imkânını veren bir kanun yolunu ancak birkaç kantonun usul kanunları tanımaktadırlar (50). Borçlunun alacaklılarının zararına olarak yapmış olduğu her hukuki muamelenin İcra ve İflâs Kanununun 285 inci (bizde 277 nci) ve müteakıp maddelerindeki şartlar dairesinde iptali istenebileceğine göre onun usulî muamelelerinin dahi iptali istenebilmek lâzımdır. Fakat bu ancak

olmıyan bir hareketle yanlış bir ilâm istihsal etmiş olduğundan bahisle tazminat istemek imkânına malik değildir, aynı fikirde olan birçok müellif yerine bak.: Hellwig, Rechtskraft und Einrede der Arglist. Recht, 14 s. 713 ve müt.

(46) Roma hukuku dâvada hile kullanılmış olması halinde «restitutio in integrum» (= eski hale getirme), «actio iudicati» ye karşı «exceptio doli» ve «exceptio rei iudicatae» ye karşı da «replicatio doli» tanıyordu. Bu, roma hukukunun kanun yolu kabul etmemiş olmasının bir neticesi idi; Wenger, Institution des römischen Zivilprozessrechts, s. 202.

(47) Jaeger, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, mad. 288 not 3.

(48) İcra ve İflâs K. mad. 200 (bizde 187).

(49) İcra ve İflâs K. mad. 285 bent 2 (bizde 277 bent 2).

(50) Freiburg mad. 539; Neuchâtel HMUK mad. 404; Tessin HMUK mad. 339; Cenevre mad. 321. Keza Fransız HMUK mad. 474 ve İtalyan HMUK mad. 404.

iptal dâvasına karşı muhkem kaziiye definin ileri sürülememesi ile mümkündür (51).

Bundan başka tatbikat, iradeyi ifsat eden sebeplerden birinin mevcudiyeti isbat olunabildiği takdirde, dâvayı kabul veya dâvanın geri alınması veya mahkeme huzurunda sulh ile sona ermiş olan bir dâvanın yeniden açılabilceğini kabul etmektedir. Mahkemece buna müsteniden verilmiş olan «dâvayı bitirme kararı»nın (Erledigungsbeschluss (52) muhkem kaziiye haline gelmesi yeniden dâva açılmasına mâni teşkil etmemektedir (53). Burada ekseriya Almanya'daki ilmi telâkkilere işaret edilmektedir. Fakat bu telâkkilerin dayandığı kanun hükümleri Zürih Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunundan esaslı surette ayrılmaktadırlar. Alman usul hukukuna göre sulh halinde dâva, Zürih usul hukukunda (55) olduğu gibi muhkemenin bir «dâvayı bitirme kararı» (54) ile değil doğrudan doğruya tarafların tasarrufu ile sona erer. Muhkem kaziiye halini ise ancak bir devlet uzvu tarafından verilmiş bir karar iktisap edebilir (56). Alman usul hukukuna göre sulh halinde böyle bir karar veril-

(51) Federal bir mahkemeden sadır olan muhkem bir kaziiye dahi iptal dâvasına engel teşkil etmiyeceği cihetle İc. ve İfl. Kanununun 285 inci ve müteakip maddelerinin federal hukuktan madut olmaları itibarile kantonların usul hukukuna tekaddüm edeceği keyfiyetile de iktifa olunamaz.

(52) Zürih HMUK § 104 fıkra 2.

(53) ZR 25 Nr. 30 mülâhaza 3; 28 Nr. 163; 31 Nr. 194; SJZ 37 s. 29, Nr. 16; FMK 56, I 224, 60 II 56.

(54) Zürih HMUK §§ 237, 238.

(55) Hellwig, s. 628; Rosenberg, s. 424; Schoenke, s. 183; Gaupp-Stein-Jonas, Alman HMUK § 794 mülâhaza II 3. Bu suretle Alman hukukunda yargıcın sulhe müsteniden vereceği herhangi bir karar değil mahkeme huzurundaki sulh bizzat kabili icra bir vesika teşkil etmektedir, Alman HMUK § 794 I 1. Aynı hüküm şu kantonlarda da vardır: Baselstadt § 257; Graubünden 275; Aargau 374.

(56) Müsbet hukukta aksine bir hüküm bulunmadıkça. Muhtelif İsviçre usul kanunları mahkeme huzurunda vaki olan sulha, Alman hukukunda olduğu gibi, dâvayı doğrudan doğruya (yargıcın hükmüne hacet kalmaksızın) sona erdirmek hükmünü tanımaktadırlar. Fakat bu meyanda sulh, Alman hukukundakinden farklı olarak, kesinleşmiş bir ilâm ile bir tutulmuştur, ezcümle Federal HMUK mad. 78; Bern mad. 152, 397; Luzern § 326; Uri mad. 303 bent a ve c; Zug § 224; Baselland § 91; Schaffhausen §§ 185, 164; Appenzell I. —Rh. mad. 98; Appenzell A. —Rh. mad. 106; Thurgau § 321; Waadt mad. 356; Cenevre mad. 55. Bu suretle mahkeme huzurundaki sulhe aynen, bir ilâmın veya Zürih hukukundaki «dâvayı bitirme kararı»nın haiz olduğu muhkem kaziiye hüküm ve kuvveti tanınmış bulunmaktadır. Federal Mahkeme ise aksi kanaattedir. Yüksek Mahkemeye göre sulhün kesinleşmiş bir ilâm ile bir

miyeceği cihetle muhakeme huzurunda vaki sulhun iradedeki fesat sebebiyle feshi talebine karşı muhkem kaziyye defî bahis mevzuu olmaz. Zürih hukukunda ise sulh halinde dâva, dâvanın kabulü veya geri alınması hallerinde de olduğu gibi, mahkemenin bir kararı ile sona erer ve bu karar kesinleşince muhkem bir kaziyye hüküm ve kuvvetini haiz olur (58). Binaenaleyh yeniden açılan dâvada yargıç, dâvanın evvelce kabul, geri alma veya sulh neticesinde sona ermiş olduğu hakkındaki kararına bağlıdır (59). Yargıcın «davayı bitirme kararı» na mesnet teşkil etmiş olan bu gibi durumların hakikatte mevcut olup olmadıkları, münazaanın bir ilâm ile halledilmiş olması halinde olduğu gibi burada da yeniden münakaşa ve bir karara raptolunamaz (60). Bu itibarla iradeyi ifsat eden bir sebep ancak muhkem kaziyyeyi ortadan kaldıracak bir yol, yani fevkalâde bir kanun yolile dermeyan olunabilir (61). Hassatan kanunun, iradeyi

tutulması, kanun metninin mutlak olmasına rağmen, ancak icra kabiliyeti bakımındandır (60 II 56); buna mukabil Leuch (Bern HMUK Şerhi s. 339) mahkeme huzurundaki sulhe hiç olmazsa mahdut bir surette muhkem kaziyye hüküm ve kuvvetini tanımaktadır.

Mahkeme huzurundaki sulh kesinleşmiş bir ilâm ile bir tutulduğuna göre, kat'ileşmiş bir ilâmı ortadan kaldırmağı mümkün kılan fevkalâde kanun yollarının burada dahi açık olduğunu kabul etmek lâzımdır. Aksi fikirde Leuch, Bern HMUK Şerhi, s. 339.

(57) Keza Schwyz § 162; St. Gallen §§ 184, 191.

(58) Zürih HMUK § 104.

(59) Alman usul hukukunda dâvanın kabulü ve dâvadan feragat halleri için böyle bir hüküm mevcuttur. Bu gibi hallerde yargıç hasmın talebi üzerine dâvanın esasına girmeden kabul veya feragat veçhile hüküm vermek mecburiyetindedir, Alman HMUK §§ 306 ve müt.

Hüküm verildikten sonra iradeyi ifsat eden sebepler ancak hüküm aleyhine kanun yollarına müracaat etmek suretile dermeyan edilebilir, bak. Gaupp-Stein-Jonas § 307 mülâhaza V.

(60) Dâvayı bitirme kararında kabul edilen taraflardan birine ait borç muhkem kaziyyenin şümulüne girmiyen vakıalar sebebiyle ortadan kalkmış olursa bu takdirde vaziyet başkadır. Meselâ karşılıklı taahhütleri havi olan bir sulhte taraflardan biri temerrüde düşerse diğer taraf Borçlar Kanununun 107 nci (bizde 106) maddesine göre gecikmiş edayı kabulden sarfı nazarla ademi ifa sebebiyle tazminat isteyebilir. Bu, kesinleşmiş bir ilâmın sadır olduğu andaki hukukî durumu tesbit eylediği esasına dayanır. Hukukî durumun sonradan değişmiş olduğunu ileri süren taraf böyle bir ilâm ile tenakuza düşmüş olmaz. Fakat iradeyi ifsat eden sebeplere istinat hukukî durumun sonradan değiştiğini iddia demek değildir; bilâkis iradeyi ifsat eden sebeplerle malûl olan bir beyan daha bidayetten beri sahibini ilzam etmez; bak. v. Tuhr I, s. 272.

(61) Bosshardt. SJZ 31, s. 245 ve müt. Borçlar Kanununun 24 üncü ve müteakıp maddelerine göre iradeyi ifsat eden her esaslı sebep behemhal

ifsat eden sebeplerin dermeyanına —velev mahdut bir surette olsa dahi— imkân veren fevkalâde bir kanun yolu tanımış olması, muhkem kazıyyenin tesirlerini bertaraf için kanunda derpiş edilmeyen diğer yollara müracaat olunamayacağını açıkça göstermektedir.

Taraflardan birinin âfakî hüsnüiyet kaidelerine muhalif bir hareket tarzile kendi lehine bir ilâm istihsaline muvaffak olması halinde de vaziyet başka değildir. Vaziyet kanunda tahdidî bir surette tesbit edilmiş bulunan ve dâvaya iştirak edenlerden birinin usulî mükellefiyetlere muhalefeti halini de hesaba katmış olan iadei muhakeme veya temyiz sebeplerinden birine (62) girmediği takdirde muhkem kazıyyenin tesirlerine karşı yapacak hiç bir şey yoktur. Binaenaleyh muhkem kazıyyeye istinat halinde buna karşı hakkın suiistimali defî de ileri sürülemez. Düşünülebilecek yegâne çare, kanunun tadili yolile iadei muhakeme sebeplerini genişleterek, taraflardan birinin hasmın zararına olarak yargıcın vereceği karara müessir bir hile kullanmış olması halinde diğer tarafa kararın iptalini isteyebilmek hakkını tanımak icap edip etmediğidir. Böyle bir tadil bugün dahi Fransa (63), İtalya (64) ve bazı kantonlarda (65) mevcut olan hukukî duruma uygun düşecektir.

#### V.

Âfakî hüsnüiyet esası, hususî hukukta olduğu kadar mühim bir rol oynuyorsa bile usul hukuku için dahi kıymetlidir. Bu esas yargıca kanun metnine karşı daha serbest bir mevki bahşetmekte ve, kanunun lafzına uygun olsa bile, usulî hakların suiistimalini icabında âfakî hüsnüiyet kaidelerine dayanarak neticesiz bırakabilmek imkânını vermektedir. Yargıca böyle bir imkânın tanınması, bilhassa şekilperestliğinden daima şikâyet edilen usul hukukunda ancak faydeli olabilir.

---

bir iadei muhakeme sebebi teşkil etmez. Hasımın dürüst olmıyan bir hareketi (hile, ikrah) ancak Zürih HMUK § 351 bent 1 deki şartlar altında bir iadei muhakeme sebebi teşkil eder, bak. yukarıda haşiye 42. Taraflardan hiç biri, kusuru olmaksızın vakıaları veya delilleri bilmediğinden ileri gelmiş olmadıkça hata iddiasında bulunamaz, § 351 bent 2.

(62) Yahut kanun yollarına müracaat için muayyen müddet geçmiştir ve eski hale getirme de mümkün değildir.

(63) HMUK mad. 480 bent 1, bu hususta Glasson-Tissier, III Nr. 920.

(64) HMUK mad. 395 bent 1, bu hususta Carnelutti, s. 486.

(65) Bilhassa Tessin HMUK mad. 338 bent 3; Neuchâtel HMUK mad. 403, bent 4; Solothurn HMUK mad. 224 bent 3.