

KESİN HÜKÜM TESİRİ VE SINIRLARI

Yazan : Prof. Dr. Arwed BLOOMEYER

Çev. Aş. İrfan YAZMAN

I. Genel esaslar

Her davanın amacı, taraflar arasındaki bir ihtilâfın karara bağlanması ve böylelikle *nihâi olarak* ortadan kaldırılmasıdır. Maddî anlamda kesin hüküm müessesesinin temelinde yatan düşünce budur: Kesin hüküm denilen ve artık kanun yollarından hiçbirine müracaatla kaldırılamıyan bir hüküm, verdiği yargı ile tarafların *müşahhas hukukî durumlarını* o şekilde *tesbit edecektir* ki, bu yargı artık müteakip dâvalarda tereddüdü mucip olamasın. Hukuk tekniği bakımından bu, mahkemenin taraflar arasındaki müteakip bir dâvada önceki dâvaya bakan mahkemenin kesinleşen hükmüyle *bağlı* olmasında tecelli eder.

Mahkemenin bu şekilde bağlı oluşundan taraflar için kesin ve esaslı bir sonuç çıkar: tesbit edilmiş bulunan hukukî duruma karşı tarafların hiçbir itirazda bulunma imkânı yoktur; bu türlü itirazlar müteakip davaya bakan mahkeme tarafından nazara dahi alınmazlar. Burada, kesin hüküm dolayısıyla tarafların *dava hakkının düşmesi* sözkonusudur. Bu hak düşmesi (*Präklusion*) gayet katı sonuçlar doğurur. Davayı kaybeden tarafın bu dâva sırasında itirazlarını dermeyeran etmek istememiş olması veya meselâ bunlar hakkında bilgi sahibi olmadığı için ifirazlarını dermeyeran edememiş olması arasında bir fark yoktur.

Kesin hüküm müessesesi bu haliyle hukuk sistemi içinde nevi kendine özgü bir yaratık gibidir. İşte bu yüzden Almanya'da doktrin ve mahkeme içtihatları bu müessesenin hukukî mahiyeti hakkında birbirinden apayrı görüşlere sahip olmuştur. Bu konuda iki büyük teori geliştirilmiştir: maddî kesin hüküm teorisi ve şekli kesin hüküm teorisi (*materielle Rechtskrafttheorie, prozessuale Rechtskrafttheorie*).

Maddî kesin hüküm teorisi zaman itibariyle daha eski olmaktadır; başlangıcı büyük *Friedrich Carl v. Savigny*'ye kadar uzanır. Bu teori Reichsgericht'in içtihatlarında da savunulmuştur. Muhtevası şudur: kesin hükme bağlanan hukukî durum, hükümle birlikte *objektif olarak* belirtilmiştir. Şu halde sonraki davaya bakan yargıcın bağlılığı, *maddî hukukun* normal bağlayıcılığından başka birşey değildir. Hükümün muhtevası gerçekten objektif hukukî duruma uyuyorsa, bu bağlayıcılık zaten yadırganacak birşey değildir. Buna, karşılık hükümün objektif hukukî durumdan inhiraf etmesi de mümkündür, ezcümle ispata ilişkin sebepler yüzünden. Maddî kesin hüküm teorisi bu konuda şöyle demektedir: haksız olarak tanınmış bulunsa bile bir talep hakkı, hüküm kesinleşmekle doğmuş olur; buna karşılık, haksız yere tanınmamış olan bir talep hakkı da hükümün kesinleşmesiyle sukut etmiş olur.

Alman Yargıtayı'nın da katıldığı bugünkü modern görüş *şekli kesin hüküm teorisidir*. Bu teori kesin hükümün tesirini sonraki davaya bakan hâkime inhisar ettirir. Taraflar ise, (objektif) maddî hukukî durumlarında kesin hükümün tesirinden müteessir olmazlar. O halde: hüküm yanlış idiyse, haksız yere tanınmamış bulunan talep hakkı objektif olarak pekâlâ muteberiyetini muhafaza eder ve haksız olarak tanınmış bulunan talep hakkı ise objektif olarak doğmamıştır. Ne var ki, maddî hukukun kabul ettiği bu hak, kesin hüküm tesiri sebebiyle mahkeme huzurunda dermeyeran edilemeyeceği cihetle, o hakkın sahibi olan tarafın bir işine yaramaz.

Her iki teori de birbirlerini şiddetle çenhetmişlerdir. Ancak bugün artık diyebiliriz ki, bu iki teori de, doğru anlaşıldıkları takdirde, uygulamada asla farklı sonuçlara ulaştırmamalıdır. Çatışma gerçekte daha çok hukuk felsefesi alanına aittir. Maddî kesin hüküm teorisi bugün hâlâ şekli kesin hüküm teorisine, bu teorisin çifte bir hukuk düzeni kurduğu itirazında bulunmaktadır: yani biri mahkeme için öteki taraflar için olan ayrı ayrı iki hukukî durum. Şekli kesin hüküm teorisinin, maddî hukukî durumun kesin hükümden hiç müteessir olmadığı ve aynen kalmakta devam ettiği şeklinde taraflara verdiği teminat, bir lâtife intibamı uyandırmaktadır. Bu itiraza şekli kesin hüküm teorisinin verdiği cevap ise şöyledir: maddî kesin hüküm teorisi haksızlıktan hak yaratmakta ve davayı kaybeden kimseden, hükümde tesbit edilmiş bulunan hukukî durumu kendisi için bağlayıcı olarak kabul etmesini istemektedir. Biz bu konudaki münakaşaları kendi haline ter etmek istiyoruz.

Zaten kesin hükmün uygulamaya ilişkin problemleri yeteri kadar karmaşıktır. Problemlerden ilki, kesin hükümle hukukî durumun *hangi zaman* için tesbit edilmiş olduğudur ki buna kesin hükmün zaman itibariyle sınırları diyoruz. İkinci mesele, kesin hükmün muhtevasının *şimulünü* tayindir ki, buna da kesin hükmün objektif sınırları denmektedir. Ve nihayet üçüncü mesele, maddî kesin hüküm tesirinin *hangi şahısların* leh veya aleyhlerinde olduğudur. Buna da kesin hükmün sübjektif sınırları denilmektedir.

II. Kesin hükmün zaman itibariyle sınırları

Hukukî münasebetler devamlı değişiklik gösterirler. Yeni talep hakları doğar, muacceliyet kesbeder, tesviye edilir; mülkiyet el değiştirir; ilk akla gelen soru şudur: Hükümde hukukî durum acaba *hangi zaman* için tesbit edilmiştir. Bu an çok önemlidir, zira hukukî durumlar her gün yeniden değişebilir: 1000 liranın ödenmesine dair olan *talep hakkı* bir gün muacceliyet kesbeder, başka bir gün ifa veya takas sebebiyle ortadan kalkar. Kamyon üzerindeki *mülkiyet hakkı* bir gün başkasına devredilebilir.

Taraflar arasındaki *akit* bir gün taraflardan birinin feshi ile ortadan kalkar. Demek oluyor ki, müşahhas bir hukukî durumun tesbiti, bu tesbitin geçerli olduğu zaman belli edilmedikçe yapılamaz.

Bir hukukî durumun itibar edildiği zamanın tesbiti iki türlü sonuç hasıl eder: Gerek sonraki davaya bakan hâkim gerekse taraflar, bu tesbitin itibar edildiği zamandan *önceki* hak değişikliklerini artık nazara alamazlar. Buna karşılık, *sonradan* husule gelen hak değişikliklerini hâkim ve taraflar nazara almak mecburiyetindedirler.

Kesin hükmün itibar edileceği zamanı tayin eden bir kanun hükmü aranacak olsa, Alman Medenî Usul Kanunu'nda genel bir kurala rastlanamaz. Bu konuda daha ziyade icraya ilişkin hükümlere bakmak gerekir. Bunun da sebebi şudur: Medenî Usul Kanunu'nun çıkış noktası eda davasıdır. Kesin hükmün zaman itibariyle haiz olduğu önemin her defasında had safhaya ulaştığı en önemli hal, eda davasına ait hükmün icraya konulduğu ve borçlunun, ilâmda tesbit edilmiş bulunan taleplere itirazda bulunmak suretiyle icraya engel olmağa çalıştığı haldir. Münhasıran bu itirazlara ait olmak üzere Medenî Usul Kanunu 767. maddesinde sarîh bir düzenlemede bulunmuştur: İcradaki karşılık dava suretiyle der-

meyan edilib, cəbrî icranın caiz olmayacağı hakkındaki bu türlü itirazlar, zaman bakımından şu şekilde sınırlandırılırlar: Bu itirazlara ancak, dayandıkları sebepler, dermeyan edilmeleri kabil olan en son sözlü muhakemenin bitiminden sonra ortaya çıkmış olmak kaydıyla cevaz verilir. Burada kastedilen, delilleri tesbit eden ilk kademe mahkemesi önündeki son sözlü muhakeme safhasıdır ve böyle olmakta da tamamen haklıdır. Zira mahkeme artık bu safhada, tarafların o ana kadar beyan etmiş oldukları niza konusu hakkında kararını verecektir.

İşte icraya ilişkin olan bu kurallardan mahkeme içtihatları kesin hükmün itibar edileceği zamanı istihraç etmişlerdir: Hüküm, delilleri tesbit eden mahkeme huzurundaki en son sözlü muhakemenin yapıldığı zaman için bağlayıcı bir hukukî neticeyi tesbit eder. Zira mahkeme, *en son sözlü muhakeme* safhasında tarafların beyanları neticesinde hukukî durumun alacağı şekle göre karar vermek durumundadır. İşte hüküm bu an için verilmiştir. Kesin hüküm, hukukî durumu bu an için tereddüden uzak şekilde tesbit eder. Bu andan *sonra* hukukî durumda hasıl olacak değişikliklere sirayeti olmaz.

III. Kesin hükmün objektif sınırları

Hükümde belli bir zaman için bağlayıcı olarak tesbiti yapılan durumun bir de *konu itibariyle* sınırlanması gerektir: Hüküm hangi hukukî neticeyi bağlayıcı olarak tesbit etmiştir? Burada çok çeşitli görüşlerin savunulması kabildir ve bu görüşler bugün hâlâ Avrupa ülkeleri hukuklarında mevcuttur. Bir misalle açıklayalım:

Satıcı alıcıya 10 vagon mukavvayı toplam 20.000.— DM fiyatla satmıştır. Her ay bir vagon mal teslim edilecek ve bedeli ödenecektir. Satıcı teslimde bulunmadığı için alıcı ilk vagon malın teslimini dava etmiştir. Satıcı, mukavelenin herhangi bir sebeple batıl olduğu gerekçesiyle kendini savunmuştur. Buna rağmen satıcı teslimde bulunmağa mahkûm edilir. İkinci vagonun teslimi gerektiğinde, davalı gene mukavelenin butlanına işaretle teslimden imtina eder. Şimdi bu ikinci davada mahkeme mukavelenin butlanı hakkında bir hüküm verebilecek midir yoksa, mukaveleyi muteber addedip satıcıyı ilk vagonun teslimine mahkûm eden önceki hükümle bağlı mı olacaktır?

Problem gayet açıktır: Teslimatın ilk taksidinin yapılmasına satıcıyı mahkûm edebilmek için mahkeme mukavelenin muteber

olup olmadığı münakaşasını yapmak mecburiyetinde idi. Mahkeme bunu yapmış, mukavelenin muteber olduğunu kabul etmiş ve mukaveleden doğan davaya cevaz vermiştir. Buna göre pekâlâ denilebilir ki, mukavelenin muteberiyeti bu hükümle artık kesin olarak tesbit edilmiştir. İşte *Friedrich Carl von Savigny*'nin görüşü de bu merkezdeydi; yani hükmün gerekçesinde bulunan «hüküm unsurları» (*Elemente des Urteils*) da kesinlik kazanırlar.

Buna karşı ileri sürülen görüşe göre ise, ancak davada öne sürülen talep konusunda yani yukarıdaki misâlde ilk teslim borcu hakkında varılan yargı kesinlik kazanır. Gerçekten Medenî Usul Kanunu bu çözüm tarzını gayet açık bir şekilde 322. maddesinin I. fıkrasında öngörmüştür :

«Hükümler ancak dava veya karşılık dava vasıtasıyla öne sürülen talepler nisbetinde kesinlik kazanırlar».

Bu hükümden kesinlikle anlaşıldığına göre, ilk vagon malın teslimine dair olan mahkûmiyet kararı, sadece davada öne sürülen bu teslim borcu hakkında kesin hüküm sonucu doğurur. İkinci vagon malın tesliminin talep edildiği davada mahkeme pekâlâ mukavelenin tamamının batıl olduğu kanaatine varabilecektir. Bu tanzim tarzının muhakkak ki faydalı olduğu kadar mahzurlu tarafları da vardır. Faydalı yanı, tarafların, bir kere ilk taksit üzerine hüküm verildi diye artık fiilen diğer taksitler hakkında da bir yargı verilmiştir endişesine kapılmalarına lüzum olmamasıdır. Öte yandan akitten doğan teslim borçlarına dair bütün davalarda bir ön mesele teşkil edecek olan mukavelenin muteberiyeti konusunun her münferit davada yeniden incelenip farklı hükümlere bağlanması ihtimali de bir mahzurdur. Ne var ki, Medenî Usul Kanunu bu mahzuru, taraflara daha ilk davada 280. madde uyarınca mukavelenin geçerli olup olmadığının tesbiti konusunda bir ara davası imkânı tanımla telâfi etmektedir. Bu sebeple şahsen, kanunun tanzim tarzını tamamen başarılı bulmaktayım.

Bu kesin hüküm tesirinin pratik anlamı nedir? En basit hal şöyle tasavvur edilebilir: davayı kaybeden taraf bu davada ulaşamadığı hedefe yeni bir davayla ulaşmak isteyebilir. Meselâ şöyle: 1000 Mark ödemeğe mahkûm edilen davalı bir tesbit davası açarak davacıya bu 1000 Mark'ı borçlu olmadığını tesbitini ister. Ama bu ihtimal hiçbir zaman gerçekleşmeyecektir, çünkü bu dava derhal caiz olmadığı için reddedilecektir. Kesin hüküm tesirinin önemi daha ziyade sonraki davada, ilk davaya konu teşkil eden bir hukuki mü-

nasebete *bağlı olan* diğer bir hukukî münasebetin nizalı olması halinde kendini gösterir. Bunu şöyle ifade etmekteyiz: Önceki davada niza konusu olan hukukî münasebet, sonraki davada ihtilâf konusu olan münasebetin doğumu bakımından gerekli bir ön şart niteliğinde (*Präjudizialität*) olmalıdır. Aşağıdaki olaylarda bu durum müşahade edilir :

Önceki davada mukavelenin muteberiyetinin tesbiti dava edilmiş ve bu kesin hükme bağlanmıştır. Sonraki davada mukaveleden doğan bir edanın ifası talep edilmektedir. İşte bu takdirde mukavelenin muteberiyeti, mukaveleden doğan münferit bir talep hakkının mevcudiyeti bakımından bir ön şart (*präjudiziell*) niteliğindedir. Mukavelenin muteberiyeti artık sonraki davada tartışılmaz.

Başka bir misâl: Önceki davada davalı 1000 Mark ödemeğe mahkûm edilmiştir. Sonraki davada davacı bu edanın ifasındaki temerrütten dolayı tazminat talep etmektedir. 1000 Mark'ı talep hakkı, temerrütten dolayı yapılan tazminat istemi bakımından bu ön şart tesirini haizdir.

Kesin hükmün tesiri sadece ön şart teşkil etmesinden ibaret değildir; bir hukukî durumun tesbiti aynı zamanda bu hukukî durumla kabili telif olmıyan tam aksinin de ileride tesbitine engel olur. A ile B bir mal üzerindeki mülkiyet hakkında ihtilâfa düşseler ve dava sonucu A'nın malik olduğu tesbit edilse, kesin hüküm tesiri B'nin A aleyhine mülkiyetinin tesbiti konusunda açacağı bir davaya mâni olur. Muhakkak ki burada niza konuları farklıdır: birinci davada sözkonusu olan A'nın mülkiyet hakkı idi, ikincide ise B'nin mülkiyet hakkı sözkonusu olmuştur. Buna rağmen hüküm, A'nın malik olduğunu tesbit etmekle, aynı zamanda B'nin malik olmasını reddetmektedir.

Kesin hükmün ön şart teşkil etmesi ve tesbit edilen bir hukukî durumla kabili telif olmıyan aksinin ileride tesbitine engel olması ile, ötedenberi kesin hükmün şümülünü tayin eden halleri saymış bulunuyorum. Burada sırası gelmişken, yakın zamanlarda derin incelemelere konu teşkil etmiş olan bazı esaslî meselelerin cevapsız kaldığını saklıyacak değilim. Bu meselelerden hiç değilse birkaç tanesine işaret etmem gerek.

Bunlardan ilki, *karşılıklı akitle* meselesidir. Hepimiz biliriz ki, bir eda sadece, mukabil bir eda borçlanıldığı ve ifa edileceği için borçlanılır ve ifa edilir. Şu halde edayı talep hakkı ile muka-

bil edayı talep hakkı bir karşılıklılık münasebeti içinde bulunurlar. Bu iki edadan hiçbiri mukabili nazara alınmaksızın borçlanılmış değildir. Bir davada edayı talep hakkı, mukavelenin batıl olması sebebiyle reddedilirse, kesin hüküm tesiri prensip itibariyle sadece bu bir talep hakkını kapsıyacaktır. Bu durumda mukabil edayı talep hakkının akibeti ne olacaktır? Acaba ileriki bir davada bir mahkeme, mukavelenin muteber olduğu görüşüne varıp mukabil edada bulunmağa mahkûm edebilecek midir? Meslekdaşım *Zeuner*'in işaret ettiği gibi, karşılıklılık münasebeti, mukavelenin butlanı dolayısıyla taleplerden birinin reddi halinde ister istemez mukabilinin de reddini mecbur kılar.

Diğer bir mesele, tazminat alacaklısının aynen veya nakden tazmin yollarından birini seçerek kullanabileceği tazminatı talep hakkıdır. Farzedelim ki, aynen tazmin talebi davalının tazminat borcu olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Bundan sonra davası reddedilen davacı nakden tazmin davası açmış olsun. İşte burada da, herne kadar aynen tazmin nakden tazmine nazaran bir hayli farklı ise de, sonradan açılan davada ilk davadaki talebin reddi kesin hüküm tesiri gösterecektir. Burada önemli olan müştereklik, aynı bir zararın tazminine ait bir talep hakkının sözkonusu olmasıdır. Bu müşterek hedef de kesin hüküm tesiri için yeterlidir.

Kesin hükmün sadece dava konusu edilen talep hakkını şümulüne aldığı şeklindeki kaideye Medenî Usul Kanunu iki esaslı istisna koymuştur :

İstisnalardan ilki 322. maddenin 2. fıkrasındadır: Davalı mukabil alacağı *takas* etmişse, bu mukabil alacağın mevcut olmadığını tesbit eden karar da *takas* meblâğı nisbetinde kesin hüküm tesirini haizdir. Bu hadisede 322. maddenin 1. fıkrasının işe yarayacağını anlamışsınızdır. Davalı *takas* ile, dava konusu olan talebe karşı bir itiraz öne sürmektedir. Buna rağmen eğer hükümde davalının hiçbir mukabil alacağı olmadığı gerekçesiyle davacının talebi kabul edilecek olursa, bu takdirde sadece bu talep hakkındaki karar kesin hüküm niteliği kazanacaktır. İşte 322. maddenin 2. fıkrası gerekli tamamlamada bulunmaktadır: Hüküm ayrıca davalının hiç mukabil alacağı olmadığını da tesbit etmiştir; binaenaleyh davacı, şayet ileride davalı bu mukabil alacağını bir dava konusu yapacak olursa itirazda bulunabilecektir.

İstisnalardan ikincisi aile hukukunda ve boşanma yahut evliliğin iptali davasının reddedilmesi halindedir. Genel kurallara gö-

re red hükmü ancak boşanma davacısının boşanmaya hakkı bulunmadığını tesbit ettiği nisbette kesin hüküm tesirini haiz olacaktır. Ancak 616. madde bu konuda haklı olarak özel bir düzenleme getirmiştir. Farzedelim ki kadın, çok fena muamelelere maruz kaldığı gerekçesiyle boşanma davası açmıştır ve bunun yanında, davada öne sürmediği zina sebebiyle de boşanma hakkını haizdir. Bu ikinci sebebi öne sürmemiş olması, davada bir de bu sebebi öne sürmekten çekindiği için olabileceği gibi, zina hakkında henüz bilgi sahibi bulunmaması da olabilir. İşte 616. madde, davası reddedilen davacının sonraki bir davada boşanma talebini «artık önceki davada öne sürdüğü veya sürebileceği hadiselerle istinat ettiremeyeceğini» hükme bağlamaktadır.

Bu düzenleyiş şekli boşanmayı talep hakkını esas almamakta, doğrudan doğruya ilk davada öne sürülebilecek hadiseleri nazara almaktadır. Bu madde hükmü, davası reddedilen davacının bir daha bu aynı hadiseleri öne sürmesine engel olmaktadır.

IV. Kesin hükmün sübjektif sınırları

Son mesele, kesin hükmün leh ve aleyhlerine tesir husule getireceği şahıslar meselesidir. Tabiatıyla önce tarafların leh ve aleyhlerinde kesin hükmün doğuracağı tesirden işe başlamak gerekecektir. Zira mahkeme önünde hukukî münasebetlerini tartışan ve kendi hukukî görüşlerini iddia ve savunma imkânına sahip olan taraflardır. İşte mahkeme de bu ihtilâflı hukukî durum hakkında muayyen bir hükme varmışsa, tabiidir ki, bu hükmün kesinlik tesirine taraflar ilerideki davalarında da katlanacaklardır. O halde Medenî Usul Kanunu'nun 325. maddesinin şu sarih ifadesi hayret uyandırmamalıdır :

Kesin hüküm tarafların leh ve aleyhlerine tesir icra eder.

Asıl mesele, kesin hükmün, tarafların dava konusu yaptığı ve mahkeme tarafından karara bağlanan hukukî münasebetin kendi hukukî durumlarını herhangi bir şekilde etkilediği üçüncü şahısların da leh ve aleyhlerinde hüküm ve netice husule getirip getirmediği sorulduğunda başlar.

Bir misâl verelim : Davacı A muayyen bir kamyonun mülkiyetinin kendisine ait olduğunu tesbiti konusunda B aleyhine dava açmıştır. Mahkeme verdiği hükümde bunu tesbit etmiştir. Şimdi A'nın kamyonun maliki olduğu kesin hükümle sabit olduğuna gö-

re, acaba *herkesin* bu hukukî durumu sabit olarak kabul etmesinin gerekip gerekmediği meselesi ortaya çıkar. Eğer bu suale müsbet cevap verilecek olursa, gayet acayip sonuçlar ortaya çıkar. Farzedelim ki A hırsız, B hırsıza yataklık eden ve kamyonun kendisine bırakıldığı şahıs ve C de kamyonu çalınan kimse olsunlar. Burada kesin hüküm tesirinin C'ye kadar teşmil edilemeyeceğini söylemek için şu kadarını açıklamak yeterlidir: Zira C, kamyonun taraflardan hiçbirine ait olmıyan mülkiyetini konu almasına rağmen bu davaya iştirak etmemiştir.

Bu meseleye daha yakından bakabilmek için herşeyden önce tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hukukî münasebetleri konu alan davalarla, tarafların bu tasarruf serbestisinin olmadığı davalar arasında esash bir ayırım yapmak gerektir.

Tarafların tasarruf serbestisini haiz oldukları hukukî münasebetler, tarafların aynı zamanda mukaveleyle üzerinde tasarrufta bulunabilecekleri münasebetlerdir. Bunlara normal mamelek hakları dahildir; nitekim taraflar bunlar hakkında davaya başvurmadan imtina edip, bu türlü hukukî münasebetlerini anlaşma yoluyla meselâ sulh yoluyla düzenleyebilirler. Bu konuda *akit serbestisi* prensibi caridir.

Bunun karşısında, tarafların irade serbestisine *tâbi olmıyan* hukukî münasebetlere ilişkin davalar yer alır. Bunlar çoğunlukla aile hukukundan doğan davalardır: karı koca anlaşarak birbirlerinden boşanamazlar, bilâkis ancak kanunda sayılan boşanma sebeplerinden birine dayanarak istihsalî mümkün olan bir boşanma hükmüyle boşanabilirler. Meselâ bigamiden dolayı batıl olan bir evlenme, bigami içinde yaşayan karı ve kocanın ne türlü olursa olsun yapacakları bir anlaşma ile muteber bir evlenme haline getirilemez. Evlilik içinde kocadan olmıyan bir çocuğun doğumu halinde karı koca bu çocuğu karının evlilik dışı bir çocuğu haline getiren bir anlaşma yapamazlar. Çocuğun sahîh nesebi ancak dava yoluyla iptal ettirilebilir.

Maddî hukukun yaptığı bu ayırım, usul hukuku bakımından büyük önemi haizdir. Tarafların üzerinde tasarruf serbestisini haiz oldukları hukukî münasebetlere dair davalarda Usul Kanunumuz taraflara hükmün muhtevasına çeşitli şekillerde tesir icra etmek imkânını vermektedir: Ezcümle, davalı davayı kabul edebilir, davacı feragat beyanında bulunabilir veya hattâ duruşmaya hiç gelmeyebilir. Bu hallerde mahkeme karşı taraf lehine karar vermekle

mükelleftir. Ayrıca, taraflar mahkemeye ancak kendilerine elverişli görüldüğü nisbette olayları beyan etmek serbestisine sahiptirler. Hâkimin ise kendiliğinden tarafların dermeyeran ettiklerinden daha fazla delil araştırmasında bulunma imkânı yoktur. Böyle bir olayı biraz önce arz etmiş bulunuyorum. Gerek hırsız gerek kamyonu yataklık eden şahıs, tabiidir ki, kamyonun çalındığına dair en ufak bir imada dahi bulunmaktan dikkatle kaçınmışlardır. İşte kesin hükmün üçüncü şahıslara teşmilinde fevkalâde dikkat sarfını gerektiren sebep burada aranmalıdır.

Buna karşılık tarafların ihtilâflı hukukî münasebet üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri hallerde, Usul Kanunu onlara, hükmün muhtevasına tesir edebilecek ve usule ilişkin imkânlardan hiçbirini tanımamıştır. Boşanma davasında davalı davayı kabul edemez ve evlenmenin sarsıldığına dair yapacağı ikrarlar mahkemeyi bağlamaz. Aksine, bu türlü davalarda gerçek münasebetleri her türlü şüpheden uzak tesbit etmek için hâkimin *re'sen* her vasıtaya başvurması gerektir. İşte bu şekilde bir tesbit usulü davada taraf teşkil etmiyen üçüncü şahıslara da kesin hükmü teşmil etme imkânı veren terminatı ihtiva eder.

1. Konuları tarafların irade serbestisine tâbi davalardan başlayacağım.

Medenî Usul Kanunu'nun 325. maddesi kesin hükmün tesirini, «davanın başlamasından sonra tarafların hukukî halefleri olan şahıslara» da teşmil etmektedir. Bu düzenleme şeklini şöyle açıklayabiliriz: Davacı maliki olduğunu iddia ettiği bir daktilonun davalıdan kendisine verilmesini talep eder. Bu takdirde dava esnasında şu haller ortaya çıkabilir: Davacı kendisine teslimini dava ettiği daktiloyu satar ve teslim eder, yahut da davalı verilmesi dava edilen daktiloyu satar ve teslim eder. Aynı anda şu soru ortaya çıkar: malı satan tarafın artık davaya devam etmesi caiz midir? Zira davacı teslimden sonra mülkiyetini iddia konusu ettiği malın maliki olmaktan çıkmıştır; davalıdan da artık daktiloyu elinde bulundurmadığı için o malı davacıya teslim etmesi istenemez. Ancak bu noktada Usul Kanunu 265. maddesiyle, tarafların gene de davayı sonuna kadar takip edebileceklerini sarahaten belirtmiştir. Usul Kanunu'nun 325. maddesi ise bu hükmün neticesine işaret eder: Bir davada taraf olan kimseden nizalı bir hak iktisap eden kimse, bu taraf *aleyhine* sadır olacak hükmün *kendisine karşı da* hüküm ve netice husule getirmesini riske etmiş olur.

Bu tanzim tarzından, adı geçen maddenin çerçevesini aşan temel bir prensip çıkarılabilir. Bir kere kesin hükümden müteessir olacak üçüncü şahsın hukukî durumu, taraflardan birinin hukukî durumuna *bağlı* olmalıdır: Nizalı şeyi davalıdan iktisap eden kimse, kendi hak iktisabını davalıdan iktisap ettiği hakka dayandırmaktadır. Ayrıca, bu şahıstan, kesin hükmün kendisine karşı hüküm ve netice husule getirmesi *beklenebilir* olmalıdır.

Bu «beklenebilir olma» (*Zumutbarkeit*) meselesi, bir kimse, davada taraf olan kimseyi iyiniyetle malik zannedip nizalı şeyi ondan iktisap ettiği zaman, bütün açıklığıyla ortaya çıkar. Bizim medenî hukukumuz malik olmıyan kişiden iyiniyetle iktisap halini tanımaktadır. Bu halin bütün şartları mevcutsa, iyiniyetli müktesip-ten buna rağmen şeyin davacıya teslimi hakkındaki hükmün kendisine karşı da müessir olmasını kabul etmesi beklenemez. Bu sebeple Medenî Usul Kanunu'nun 325. maddesi müktesibin aynı zamanda nizalı şeyin bir dava konusu olduğunu bilmemek hususunda iyiniyetli olması halinde, kesin hükmün şümulüne sarıh bir istisna koymaktadır.

Medenî Usul Kanunu sadece hukukî halefiyeti kesin hükmün teşmili sebebi olarak saymıştır. Halbuki bir üçüncü şahsın hukukî durumunun, bir davanın tarafı olan şahsın ihtilâflı hukukî durumuna bağlı olduğu daha birçok hukukî münasebet mevcuttur. Bunun için iki tipik misâl vermek yeter: Borçlunun alacaklıya olan 10.000 DM borcu için üçüncü bir şahıs kefil olmuş ve bir menkul eşya üzerinde bir rehin hakkı veya bir gayrimenkul üzerinde bir ipotek hakkı tesis etmiştir. Her türlü şüpheden uzaktır ki, kefilin borcunun miktarı veya rehin veya ipotek tesis edenin mesuliyeti teminata bağlanan borcun miktarına bağlıdır. Tabii ki kefilin borcu veya rehin verenin sorumluluğu, borçlu borcunu ödedikçe azalır.

Alacaklı ile borçlu arasında teminata bağlanmış bu borç konusunda bir dava sözkonusu olduğu takdirde, verilecek hükmün bu borca bağlı bulunan kefilin veya rehin verenin sorumluluğuna da tesir edip etmeyeceği suali akla gelecektir.

Usul Kanunu bu konuda meskûttur. Pratik neticeleri bakımından Almanya'da hernekadar görüş birliği mevcut ise de, gerekçe üzerinde sert tartışmalar yapılmaktadır. Bunların tafsilâtına girişecek değilim. Burada hiç itirazsız kabul edilen iki prensibe işaret etmekle yetineceğim :

Muhakkak ki, alacaklının davasını reddeden ve borçluya hak veren hüküm *kefil ile rehin verenin de lehlerinde tesir icra etmelidir*. Bu, uzun boylu izahı gerektirmeyecek açıklıktadır, zira alacaklı borçlu karşısındaki davada kendi talebinin dayandığı sebepleri öne sürmek için yeteri kadar fırsatı haiz idi. Bu talep kesin hükümle reddedilince, artık kefilin veya rehin verenin bu kesin hükme müracaatlarına alacaklının katlanması kendisinden beklenebilir.

Hüküm *alacaklının lehine* sadır olmuşsa durum başkadır. Burada irade serbestisinden doğan önemli bir tehlike ortaya çıkar. Borç olmasa dahi, dava edilen borçlu bunu kabul edebilir ve bu suretle istihsal edilmiş bir mahkûmiyet hükmü gerek kefilin gerekse rehin verenin elinden borcun olmadığına dair her türlü itiraz imkânını almış olurdu. İşte burada şöyle bir temel prensip müdahale eder: Üçüncü şahıs hakkında kesin hüküm ancak, tarafların anlaşması neticesinde bu üçüncü şahıs taraflarınkine bağlı olan kendi hukuki durumunda gene de müteessir olacak idiyse, o takdirde tesir icra edebilir. Bunu bir misâle açıklayayım :

Üçüncü şahıs 10.000 DM için kefil olmuş veya rehin vermiş bulunsun. Borç miktarının sonradan arttırılması sebebiyle üçüncü şahsın sorumluluğu muhakkak ki arttırılmış olmaz. Bu husus, medenî hukukta sarahaten tanzim edilmiştir. İşte kesin hükmün de üçüncü şahsa tesir icra etmemesinin sebebi burada aranmalıdır, zira taraflar bu hükmü meselâ kabul yoluyla istihsal etmiş olabilirler.

Şimdi vereceğim ikinci misâlde ise, kesin hüküm üçüncü şahsa da sirayet etmektedir, zira tarafların anlaşmasıyla da bu tesir husule gelebilecekti :

Alman Ticaret Kanunu'nun 128. maddesine göre bir kolektif şirketin ortakları şirketin borçları için müteselsil borçlu olarak sorumludurlar. Bu sorumluluk kolektif şirketin alacaklıları ile yaptığı *her* anlaşma hakkında sözkonusudur. Demek oluyor ki, sorumluluk bu türlü mukavelelerle sınırsız olarak genişletilebilir. Bundan, kesin hüküm bakımından da bir netice çıkar: Şöyle ki, şirketin alacaklısı şirketin bir ortağını takibettiği takdirde, alacaklı şirketten olan alacağına dair şirket aleyhine istihsal edilmiş bir kesin hükme sahip oldukça, ortak, şirketin bu borcunun mevcudiyetine bir itirazda bulunamaz. Burada kesin hükmün üçüncü şahsa tesirinin açık bir misâli görülmektedir (HGB § 129).

2. Son olarak, nizalı hukukî münasebetin *irade serbestisine tâbi olmadığı* hallerden bahsedeceğim: Bu konuda evlilik ve nesep hukukunda pozitif hükümler mevcuttur. Medenî Usul Kanunu'nun 638. maddesinin 2. fıkrası, evliliğin varlığını veya yokluğunu tesbit eden bir hükmün «*herkesin leh ve aleyhine*» tesirler husule getireceğini hükme bağlamaktadır. Ayrıca, çocuğun anaya babaya olan nisbetini veya velâyeti tesbit eden hüküm de aynı tesiri haizdir (ZPO § 643).

Bu «*inter omnes*» kesin hüküm tesirinden ne anlamak gerekir? Burada da hükümden müteessir olan üçüncü şahsın öyle bir hukukî münasebeti olmalıdır ki, bu, dava konusu edilen hak ihtilâfına bağlı bulunsun. Gerçekten böyle hukukî münasebetler mevcuttur. Çocuğun miras hakkını düşünelim. Bu hak, çocuğun nesebinin evlilik içi veya evlilik dışı olması hallerinde birbirinden epeyce farklı olacaktır. O halde, hükümde ana babanın evliliklerinin mevcut olmadığı tesbit edilmişse, çocuk da tabiatıyla babasının kanunî mirasçısı olamayacaktır, sadece annesinin mirasçısı olacaktır. Veya şu hali düşünelim: Oğul babaya mirasçı olmuştur; terekenin borçlarını ödemez. Hattâ bununla da yetinmez, mahkeme huzurunda terekenin hakikate aykırı bir envanterini tanzim eder. Bizim hukukumuzaya göre bu takdirde mirasçı tereke borçlarından dolayı sadece tereke ile değil aynı zamanda sınırsız olarak kendi mameleki ile de sorumludur. Bu arada oğlun babayı öldürmüş olduğu anlaşılır. Müteveffanın oğlu yerine mirasçı olacak olan bir akrabasının açtığı dava üzerine mahkeme oğlun mirastan mahrumiyetini hükme bağlar. Böylelikle bu diğer husım mirasçı olur ve hemen tereke envanterinin doğru bir tesbitini yapar. Tereke alacaklıları bu hüküm neticesinde hukukî durumlarında önemli derecede müteessir olmuşlardır: O ana kadar sadece terekeyi değil aynı zamanda müteveffanın oğlunun mamelekini takip imkânına sahip iken, şimdi birdenbire sadece terekeye müracaat hakları kalmıştır. Kesin hükmün bu tesiri bana tamamen haklı görünmektedir, zira mirastan mahrumiyete hükmedilen davada mahkeme bir mahrumiyet sebebi bulunup bulunmadığını re'sen araştırıp tesbit etmek mecburiyetindedir.

Mamafih burada da gene bir kısıtlama yapılmıştır: Kanun bu kısıtlamayı bir halde gayet açık olarak ifade etmiştir: Ana baba ile çocuk arasındaki nesep rabitasının mevcudiyetine dair olan hüküm, bu münasebete dayanmak isteyen bir üçüncü şahıs için *ancak, bu kimse davaya iştirak etmişse* tesir husule getirir» (ZPO

§ 643, 2). Bu istisna muhakkak ki haklıdır. Ancak bu istisnaya kanunda pek az yer verilmiştir. Yakın zamanlarda mahkeme içtihatları ve doktrin kesin hükmün herkese karşı olan tesirinin sınırlanmasının gerektiği daha pek çok hallerin mevcut olduğuna işaret etmiştir. Bu ise, mahkemece dinlenilme hakkı açısından gelecek konferansında inceliyeceğim bir meseleyi ifade etmektedir.