

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

**HUKUK MUHALEMESİ KAPSAMINDA
KARİNELER VE FATURANIN HUKUKİ
NİTELİĞİ**

Vildan PEKSÖZ
2501111187

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Abdurrahim KARSLI

İstanbul 2014



YÜKSEK LİSANS

TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : VİLDAN PEKSÖZ

Numarası : 2501111187

Anabilim/Bilim Dalı : ÖZEL HUKUK

Danışman : PROF.DR.ABDURRAHİM KARSLI

Tez Savunma Tarihi : 25.06.2014

Tez Savunma Saati : 10:00

Tez Başlığı : HUKUK MUHALEMESİ KAPSAMINDA KARİNELER VE FATURANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜ'NE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1.PROF.DR.ABDURRAHİM KARSLI		Kabul
2. PROF.DR.NEVHİS DEREN YILDIRIM		Red
3. DOÇ.DR.SEDA ÖZMUMCU		Kabul
4.YRD.DOÇ.DR.EVREN KOÇ		Kabul
5. YRD.DOÇ.DR.İRFAN AKIN		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF.DR.HALİL AKKANAT		
2- DOÇ.DR.GÜRAY ERDÖNMEZ		

ÖZ

Hukuk Muhakemesi Kapsamında Karineler ve Faturanın Hukuki Niteliği

Vildan Peksöz

Anahtar Kelimeler: İspat, Karine, Kanuni Karine, Aksi İspat Edilebilen Karine, Kesin Karine, Fiili Karine, Fatura.

Tezimizde karine kavramını, karinenin türlerini ve faturanın hukuki niteliğini medeni muhakeme hukuku kapsamında incelemekteyiz. Karineler kanuni karineler ve fiili karineler olarak ayrılmaktadır. Kanuni karineleri de kesin karineler ve aksi ispat edilebilen karineler olarak iki grupta ele alınmaktadır. Çalışmamızın temelini aksi ispat edilebilen karinelerin hukuki niteliği oluşturmaktadır. Bu karinelerin özel nitelikte ispat yükü kuralı olduklarını kabul etmekteyiz. Son kısımda TTK m. 21/2’de yer alan karineyi ele alarak, bu karinenin faturaya faturayı alan için senet niteliğini kazandırmadığını ve faturanın olağan içeriğinin temel sözleşmeye uygun olduğu sonucunun doğmasını sağladığını kabul etmekteyiz.

ABSTRACT

Presumptions and Legal Character of Invoice in the Context of Civil Procedure Law

Vildan Peksöz

Keywords: Proof, Presumption, Presumption of Law, Disputable Presumption, Conclusive Presumption, Presumption of Fact, Invoice.

In our thesis, we are studying the concept of “presumption”; presumption types and the legal character of invoice in the context of civil procedure law. Presumptions are divided into two categories: presumptions of law and presumptions of fact. In addition, presumptions of law are divided into conclusive presumptions and rebuttable presumptions. The basic part of our thesis consists of the legal character of disputable presumptions. We accept that disputable presumptions are special rules of burden of proof. In the last part, in respect to presumption regulated in Turkish Commercial Code 21/2, we deduce that this does not give effective invoice to be conclusive evidence for the receiving party due to its legal character and simply provides ordinary content of the invoice which is suitable to prime contract.

ÖNSÖZ

Yüksek lisans tezi olarak hazırladığımız bu çalışmada medeni muhakeme hukuku kapsamında karineleri çalıştık. Karinelerin ispat hukukundaki yerini ön planda tuttuğumuz çalışmamızda, faturaya ilişkin karineyle bağlantılı olarak faturanın ispat hukuku açısından hukuki niteliğine değinmeyi amaçladık.

Tez danışmanım olan, sorularıma değerli vaktini ayırıp yanıt veren, hukuka yönelik verdiği bilgilerin yanında hayata dair de birikimini paylaşan saygıdeğer hocam Prof. Dr. Abdurrahim Karslı'ya, kürsümüzde rahat çalışma ortamı bulmamızı sağlayan, desteğini hep hissettiğimiz kıymetli hocam Yard. Doç. Dr. Evren Koç'a,

Lisans dönemimde medeni usul ve icra iflas hukukunu bana sevdiren, bu alanda çalışma arzusu duymamı sağlayan ve desteklerini esirgemeyen değerli hocalarım Prof. Dr. Muhammet Özekes ve Doç. Dr. Murat Atalı'ya,

Sevgili ve eğlenceli kürsü arkadaşlarıma, sorularıyla vakitlerini aldığım diğer kürsülerdeki arkadaşlarıma,

Haklarını ödeyemeyecek olduğum, yıllardır sabırla kaygılarıma katlanan anneme ve babama, sevgi ve destekleriyle hep yanımda olan canım kardeşlerime,

Tez yazma sürecindeki kaygılarıma merhameti ve sevgisiyle katlanan sevgili nişanlıma,

Yüksek lisans aşamasında burs sağlayarak maddi destekte bulunan TÜBİTAK'a, Almanca kaynakları kullanabilmeme imkan tanıyan DAAD ve Erasmus programına, Freie Üniversitesine,

teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	xiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KARİNE İLE İLGİLİ İSPAT HUKUKUNUN BAZI TEMEL KAVRAMLARI, KARİNE KAVRAMI, KARİNENİN TARİHİ TEMELLERİ, BAZI HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ YERİ

I. KARİNE İLE İLGİLİ İSPAT HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARININ ELE ALINMASI	3
A. İSPAT KAVRAMI VE İSPAT TÜRLERİ	3
1. Doğrudan İspat Ve Dolaylı İspat.....	7
2. Asıl İspat, Aksini İspat Ve Karşı İspat	8
B. İDDİA VE SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜ	10
C. İSPAT YÜKÜ	13
1. İspat Yükü Kuralları Ve Bazı Özel Durumlar.....	16
2. Objektif Ve Subjektif İspat Yükü.....	18
3. İspat Yükü Kurallarının Hukuki Niteliği.....	20
4. İspat Yükü Kuralları Yargılamada Yer Değiştirir Mi?	23
D. DELİL İKAME YÜKÜ.....	24
E. İSPAT ÖLÇÜSÜ (İSPAT DERECELERİ).....	26
F. İSPAT GÜÇLÜĞÜ VE KOLAYLIKLARI.....	27

II. KARİNE KAVRAMI, GENEL OLARAK KARİNENİN TARİHÇESİ VE BAZI HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ YERİ..... 30

- A. KARİNE KAVRAMI..... 30
- B. ROMA MEDENİ MUHAKEME HUKUKUNDA KARİNE..... 33
- C. İSLAM MUHAKEME HUKUKUNDA VE MECELLEDE KARİNE 35
- D. ANGLO-AMERİKAN MUHAKEME HUKUKUNDA KARİNE 39

İKİNCİ BÖLÜM

KARİNELERİN KANUNİ DÜZENLEMESİ, TÜRLERİ, AKSİ İSPAT EDİLEBİLEN KARİNELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ, ETKİLERİ, HÜKÜMSÜZ HALE GELMESİ

I. KARİNELERİN KANUNİ DÜZENLEMESİ..... 43

- A. SÖZDE KARİNELER 46
- B. YEDEK HUKUK KURALLARI VE KANUNİ KARİNELERİN KARŞILAŞTIRILMASI..... 50
- C. KARİNEDE TARAFLAR..... 53
- D. KARİNELERİN KAYNAKLARI 53
- E. HUKUKTA KARİNELERE YER VERİLMESİNİN AMACI..... 57

II. AKSİ İSPAT EDİLEBİLEN KANUNİ KARİNELER 61

- A. GENEL OLARAK 61
- B. AKSİ İSPAT EDİLEBİLEN KANUNİ KARİNELERİN UNSURLARI ... 62
1. Karine temeli 62
2. Fiili Belirsizlik..... 64
3. Karine sonucu..... 65

C. AKSİ İSPAT EDİLEBİLEN KANUNİ KARİNELERİN TÜRLERİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....	66
1. Aksi İspat Edilebilen Olay Karineleri	67
a. Kavram.....	67
b. Aksi İspat Edilebilen Olay Karinelerinin Hukuki Niteliği	69
(1) Aksi İspat Edilebilen Olay Karinelerinin İspat Yükü Kuralı Olarak Nitelendirilmesi.....	70
(2) Aksi İspat Edilebilen Olay Karinelerinin Özel Nitelikte İspat Yükü Kuralı Olarak Nitelendirilmesi.....	71
(3) Aksi İspat Edilebilen Olay Karinelerinin Delil Kuralı (Kanuni İspat Kuralı) Olarak Nitelendirilmesi	74
(4) Aksi İspat Edilebilen Karinelerin Delil Kuralı ve İspat Yükü Kuralı Olmadıkları Yönündeki Görüş.....	76
(5) Kanaatimiz.....	77
2. Aksi İspat Edilebilen Hak Karineleri	80
a. Kavram.....	80
b. Aksi İspat Edilebilen Hak Karinelerinin Hukuki Niteliği	83
(1) Özel Nitelikte İspat Yükü Kuralı Olmaları.....	83
(2) Devamlılık Karinesi Oluşturmaları.....	86
III. AKSİ İSPAT EDİLEBİLEN KANUNİ KARİNELERİN ETKİLERİ	87
A. AKSİ İSPAT EDİLEBİLEN KARİNELERİN SİSTEMATİK YERİ: MADDİ HUKUKTA MI MUHAKEME HUKUKUNDA MI ETKİ GÖSTERİR?	87
B. TARAFLARCA GETİRİLME İLKESİNİN UYGULANDIĞI YARGILAMADA	92
1. Aksi İspat Edilebilen Kanuni Karinelerin Taraflara Etkileri.....	93
a. Aksi İspat Edilebilen Karinelerin Tarafların İspat Faaliyetine Ve İspat Yüküne Etkisi.....	93

(1) Karine Temeli Açısından İspat Yükü Ve İspat Faaliyeti.....	93
(2) Karine Sonucunu İspat Yükünden Muafiyet Ve Bu Muafiyetin Sonucu.....	94
b. Aksi İspat Edilebilen Karinelerin Tarafların İddia Yüküne Etkisi	96
2. Aksi İspat Edilebilen Kanuni Karinelerin Hakime Etkileri.....	102
a. Karine Sonucunu Hakimin Re'sen Nazara Alması.....	103
b. Aksi İspat Edilebilen Karinelerin Hakimin Delilleri Serbestçe Değerlendirme İlkesine Etkisi.....	104
c. Hakimin Hukuku Uygulama Görevine Etkisi.....	105
C. HAKİMİN RE'SEN HAREKET İLKESİ VE ARAŞTIRMA İLKESİNİN UYGULANDIĞI YARGILAMADA	108

IV. AKSİ İSPAT EDİLEBİLEN KARİNELERİN HÜKÜMSÜZ HALE GELMESİ..... 110

A. KARİNELERİN ÇATIŞMASI	111
B. KARİNE TEMELİNİN KARŞI İSPATI	115
C. KARİNE SONUCUNUN AKSİNİ İSPAT	116
1. Menfi Vakıa Kavramı Ve Menfi Vakıanın İspatı.....	119
2. Karineye Dayanan Tarafa Düşen Yükler	122

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KESİN KARİNELER, VARSAYIMLAR, EMARE İSPATI, İLK GÖRÜNÜŞ İSPATI VE FİİLİ KARİNELER

I. KESİN KARİNELER ve VARSAYIMLAR	126
A. KESİN KARİNELER	126
1. Kavram Ve Unsurları	126
2. Kesin Karine Örnekleri	127

3. Kesin Karinelerin Adi Karinelerden Ayırt Edilmesi.....	129
4. Kesin Karinelerin Hukuki Niteliği Ve Etkileri	129
5. Aksi İspat Edilemezliğin Kapsamı	131
B. VARSAYIM (FARAZİYE, FİKSİYON).....	132
1. Kavram Ve Unsurları	132
2. Varsayım Örnekleri	134
C. VARSAYIM VE KESİN KARİNELERİN AYIRT EDİLMESİ.....	135

II. EMARE İSPATI, İLK GÖRÜNÜŞ İSPATI VE FİİLİ KARİNELER..... 138

A. TECRÜBE KURALLARI VE BU KURALLARIN İSPAT FAALİYETİNDEKİ ROLÜ	138
B. EMARE İSPATI.....	142
1. Emare Kavramı Ve Hukuki Niteliği.....	142
2. Emarelerin İspat Faaliyetinde Kullanımı	144
C. İLK GÖRÜNÜŞ İSPATI.....	147
1. Kavram Ve Hukuki Niteliği	147
2. İlk Görünüş İspatının Uygulama Alanı	149
D. İLK GÖRÜNÜŞ İSPATIYLA EMARE İSPATININ KARŞILAŞTIRILMASI.....	151
1. Vakıaların İncelenmesine Ve Tecrübe Kurallarının Kuvvetine Yönelik Farklılık.....	151
2. Tipiklik Unsuru	152
3. İspat Ölçüsü.....	152
4. Karşılaştırmanın Sonucu	154
C. FİİLİ KARİNELER.....	154

1. Kavram	154
2. Fiili Karinelerin Unsurları	156
3. Fiili Karineler İle Kanuni Karinelerin Karşılaştırılması.....	157
4. Fiili Karinelerin Hukuki Niteliği Ve Etkileri	159
5. Fiili Karinelere Uygulamadan Örnekler.....	167
D. FİİLİ KARİNE İLE İLK GÖRÜNÜŞ İSPATI VE EMARE İSPATININ KARŞILAŞTIRILMASI.....	172

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

FATURANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. GENEL OLARAK FATURA	175
II. FATURANIN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	178
A. TTK M. 21/2'NİN KANUNİ KARİNE OLARAK	178
DEĞERLENDİRİLMESİ	178
B. TTK M. 21/2'DE YER ALAN KARİNENİN.....	180
UYGULANMASI İÇİN GEREKEN ŞARTLAR.....	180
1. Taraflar Arasında Geçerli, Temel Bir Borç İlişkisinin Olması	180
2. Faturanın Şekil Şartlarına Uygun Olması (İçeriği)	187
3. Faturanın Karşı Tarafa Gönderilmesi.....	192
4. Alındığı Tarihten İtibaren Sekiz Gün İçinde Faturaya İtiraz Edilmemesi	195
5. Faturanın Ticari Defterlere Geçirilmiş Olması	198
a. Ticari Defterlerin Delil Olabilme Şartları Ve Delil Niteliği.....	201
(1) Ticari Defterlerin Delil Olabilme Şartları.....	201
(2) Ticari Defterlerin Delil Niteliği	207
b. Değerlendirme	208

6. Tarafların Tacir Sıfatı	208
C. TTK M. 21/2'DEKİ KARİNENİN ETKİLERİ.....	210
1. Karinenin Faturanın Delil Niteliğine Etkisi	210
a. Faturayı Gönderen Bakımından Faturanın Delil Niteliğine Etkisi	211
b. Faturayı Alan Bakımından Faturanın Delil Niteliğine Etkisi	211
2. Karinenin İspat Yüküne Etkisi	215
3. Karinenin Etkili Olduğu Kapsam	216
a. Faturanın Olağan İçeriği Açısından	216
b. Malın Teslimi Ve İşin Yapılması Açısından.....	217
D. KARİNENİN ETKİLEMEDİĞİ FATURANIN DELİL NİTELİĞİ	220
E. TTK M. 21/2'DEKİ KARİNENİN HÜKÜMSÜZ HALE GELMESİ	222
1. Karşı İspat Faaliyetiyle.....	222
5. Aksini İspat Faaliyetiyle.....	223
F. AÇIK VE KAPALI FATURAYA İLİŞKİN KARİNE	226
G. İCRA HUKUKUNDA FATURAYA İLİŞKİN BAZI MESELELER	229
SONUÇ.....	232
KAYNAKÇA	238

KISALTMALAR

§	: Paragraf
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AcP	: Archiv für civilistische Praxis
a.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: Adı geçen eser
Art.	: Artikel
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
A.D.	: Adalet Dergisi
AY.	: Anayasa
A.Ş.	: Anonim Şirket
BATIDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerlichesgesetzbuch
BGH	: Bundesgerichtshof
bkz.	: Bakınız
bs.	: Baskı
c.	: Cümle
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi
Diss.	: Dissertation
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
e.y.	: Yayınevi yok
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD.	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGB	: Handelsgesetzbuch

HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
H.z.	: Hazreti
İİK	: İcra İflas Kanunu
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
m.	: Madde
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kurulu
JA	: Juristische Arbeitsblätter
K.	: Karar
MHB	: Milletlerarası Hukuk Bülteni
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Hukuk Araştırmaları Dergisi
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
p.g.	: Paragraf
r.g.	: Resmi Gazete
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
Sch.ZPO	: Schweizerische Zivilprozessordnung
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
t.y.	: Tarih yok
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
YKD	: Yargıtay Kararlar Dergisi
yuk.	: Yukarı
YÜHF	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
y.y.	: Yayın yeri yok

ZGB : Zivilgesetzbuch
ZPO : Zivilprozessordnung
ZZP : Zeitschrift für Zivilprozes

GİRİŞ

Karine gerek muhakeme hukuku¹ gerek maddi hukuk açısından önemli olan, ancak anlaşılması oldukça zor bir kurumdur. Muhakeme hukukunun temelini oluşturan ispat konusunun bir üyesi olan karine, içerisinde birçok tartışmayı barındırmaktadır. Bu tartışmaların temelinde, karineye ilişkin kanuni düzenlemelerin yetersizliği ve karinenin soyut bir kavram olmasının etkisi bulunmaktadır. Karineye ilişkin bu tartışmalı durumların devam etmesinde yargı kararlarında karinenin gelişigüzel kullanılması da etkilidir.

Tezimizde, karinenin hukuk muhakemesi kapsamında ispat hukukundaki yerini ele almayı amaçladık. Bununla birlikte, uygulamada sık kullanılan bir karine olan TTK m. 21/2'yi ele alarak çalışmamızı uygulamayı da içerir hale getirmeye çalıştık.

Tezimiz dört bölümden oluşmaktadır. İlk kısımda, ispat hukukuna dair bazı temel kavramları ele almayı, diğer kısımların anlaşılması açısından faydalı gördük. İspat kavramı, iddia yükü, ispat yükü, delil ikame yükü, ispat ölçüsü gibi kavramları tezimizin sınırları dahilinde ele alacağız. Bu kısımda karine kavramından bahsedeceğiz. Karinenin Roma hukukundaki görünümüne, İslam muhakeme hukukunda sahip olduğu yere, Mecelle'deki düzenlemesine ve Anglo-Amerikan hukukunda nasıl ele alındığına değineceğiz.

Tezimizin ikinci kısmı, çalışmamızın temelini oluşturmaktadır. Bu kısımda karine çeşitlerini açıklayacağız ve aksi ispat edilebilen karineleri inceleyeceğiz. Bu

¹ Çalışmamızda bazen muhakeme bazen de yargılama kavramını kullandık. Yargılama kavramı muhakeme faaliyeti içinde daha çok hakimin yaptığı faaliyete ilişkin, muhakeme kavramı sadece hakimin faaliyetini değil, tarafların ve vekillerin, davaya katılanların ve bilirkişilerin de dahil olduğu bir kavramdır. Bkz. Abdurrahim Karslı, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 3. bs., İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2012, s. 57. Biz genel ve teorik olarak yargılamadan bahsederken muhakeme kavramını, somut olarak muhakeme faaliyetinin gerçekleşmesinden bahsederken ise yargılama kavramını kullanmaya çalışacağız.

karineleri karine sonucunun konusuna göre olay karineleri ve hak karineleri olarak ayıracağız. Karinelerin unsurlarına dair ortak bir inceleme yaptıktan sonra, bu karinelerin hukuki niteliğini ayrı başlıklarda ele alacağız. Hukuki niteliğine ilişkin tespitimizin ardından, bu karinelerin etkilerine taraflarca getirilme ilkesi ve re'sen araştırma ilkesi açısından değineceğiz. Bu bahiste, tarafların iddia ve ispat yüküne, hakimin hukuku uygulama yetkisine ve delilleri değerlendirme ilkesine etkilerini inceleyeceğiz. Ayrıca, karine sonucunun iddia edilmesinin gerekli olup olmadığını, hakimin karine sonucunu re'sen nazara alıp alamayacağını tartışacağız. Bu bölümü aksi ispat edilebilen karinelerin hükümsüz hale gelmesi başlığı altında yaptığımız açıklamalarla bitireceğiz.

Tezimizin üçüncü bölümünde, aksi ispat edilemeyen kesin karineleri ele alacağız. Bu karineleri varsayım kavramıyla karşılaştırarak inceleyeceğiz. Bu bölümde, emare ispatı ve ilk görünüş ispatını fiili karinelerle ilgilerinden dolayı ele alacağız. Fiili karinelerin söz konusu kavramlarla karşılaştırmamızın ardından dördüncü bölüme geçeceğiz. Son bölümde, faturanın hukuki niteliğine değineceğiz. İncelememiz TTK m. 21/2 esas alınarak yapılacak ve bu karinenin fatura üzerindeki etkisi kapsamında olacaktır. Tezimizi çalışmamızda elde ettiğimiz neticelere yer verdiğimiz sonuç bölümüyle bitireceğiz.

BİRİNCİ BÖLÜM

KARİNE İLE İLGİLİ İSPAT HUKUKUNUN BAZI TEMEL KAVRAMLARI, KARİNE KAVRAMI, KARİNENİN TARİHİ TEMELLERİ, BAZI HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ YERİ

I. KARİNE İLE İLGİLİ İSPAT HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARININ ELE ALINMASI

A. İSPAT KAVRAMI VE İSPAT TÜRLERİ

Her yargılamada, hâkimin vazifesi somut olaya objektif hakları (hukuk kurallarını) uygulamaktır. Hukuk kuralının uygulanması, hukuk kuralının etkisinin somut olayda meydana gelmiş olup olmadığının tartışılması ve etkisi meydana gelmişse kuralın somut olaya uygulanması, etkisi meydana gelmemişse uygulanmasının reddedilmesiyle gerçekleşir².

Tüm hukuk kuralları, vakıa ve hukuki sonuç olmak üzere iki kısımdan oluşur³. Vakıa somut, zamanın ve mekanın belli olduğu, geçmişte veya şimdiki zamanda gerçekleşen, dış dünyayla veya insanın içsel durumuyla ilgili olan bir kavramdır⁴. Bir hukuk kuralının uygulanması için, kendisine bir hukuksal sonuç

² Leo Rosenberg, **Die Beweislast**, München und Berlin, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1965, s. 1, 6.

³ Christoph von Greyerz, **Der Beweis negativer Tatsachen**, Bern, Verlag Staempfli, 1963, s. 1.

⁴ Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab, Peter Gottwald, **Zivilprozessrecht**, 17. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2010, s. 645; Arwed Blomeyer, **Zivilprozessrecht**, Zweite Auflage, Berlin, Duncker&Humblot, 1986, s. 351. Vakıayı Almanca Tatsache kelimesinin karşılığı olarak, Tatbestand kelimesini ise olgu, olay kavramları yerine kullanmayı tercih ediyoruz. Bu kelimelerin anlamları için bkz. Karl Steuerwald, **Almanca Türkçe Sözlük**, İstanbul, Abc Kitabevi, 1998, s. 530. Umar, Yılmaz vakıa kavramı yerine olay kavramını kullanmayı tercih etmektedirler. Bkz. Bilge Umar, Ejder Yılmaz, **İsbat Yükü**, 2. bs., İstanbul, Kazancı Matbaa, 1980, s. 1. Özekes vakıanın olayın ötesinde olayların sebebi ve sonucunu da içine alan bir anlama sahip olduğundan olay kavramı yerine vakıa kavramını kullanmaktadır. Bkz. Muhammet Özekes, "Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur", **Halûk Konuralp Anısına Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 752. Üstündağ da vakıa karşılığı olan Tatsache ve Sachverhalt ile olay karşılığı olan Tatbestand kavramını ayrı ayrı kullanmaktadır. Bkz. Saim Üstündağ, **İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı**, İstanbul, Cezaevi Matbaası, 1967, s. 32, dn. 34b. Yıldırım, vakıayla ilgili olarak hukuk düzeni için önemli olanın vakıa

bağlanan olumlu veya olumsuz vakıaların somut olarak gerçekleşmiş olması gerekir⁵. Hâkim taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkları çözerken bu hukuk kurallarındaki unsur (koşul) vakıaların (*Tatbestandsmerkmal*), somut olarak gerçekleşip gerçekleşmediğini re'sen nazara alamaz⁶. İspat (*Beweis*), yargılama sürecinde taraflarca iddia edilen veya hâkim tarafından re'sen nazara alınacak olan, tarafın talebinin konusu ile ilgili hukuksal sonucu doğuran hukuk normunun unsur vakıalarının gerçekleştiği somut vakıaların varlığı hakkında hâkimde kanaat uyandırmak amacıyla girişilen inandırma faaliyetidir⁷. İspatta asıl olan, üçüncü bir kişinin iknası ya da objektif gerçekliğin tespiti değil, hakimin subjektif olarak ispat edilmek istenen vakıaya dair ikna edilmesidir. Yani, vakıa iddiasını hakimin gerçeğe uygun olarak kabul etmesi ispatta amaç edinilir⁸.

İspatın konusunu tarafların üzerinde anlayamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur (HMK m. 187/1)⁹. İspatın

hükmü (Tatsachenurteil) olduğunu, vakıayı ileri süren tarafın, objektif olarak vakıayı ileri sürmediğini vakıaya verdiği değeri ortaya koyduğunu-isticvaptaki gibi-, halbuki keşifte vakıa hükmünü hakimin verdiği ifade etmektedir. Bkz. Mehmet Kamil Yıldırım, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul, Kazancı Matbaacılık, 1990, s. 114.

⁵ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özeker, **Medeni Usul Hukuku**, 14. bs., Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2013, s. 643; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 1; Hanns Prütting, **Gegenwartsprobleme der Beweislast**, München, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1983, s. 19.

⁶ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 1

⁷ Rosenberg, Schwab, Gottwald, **a.g.e.**, s. 614; Adolf Baumbach, Wolfgang Lauterbach, Jan Albers, Peter Hartmann, **Zivilprozessordnung**, 58. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2000, s. 964; Blomeyer, **a.g.e.**, s. 350; Friedrich Stein, Martin Jonas, **Zivilprozessordnung**, 21. Auflage, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1997, s. 484; Atalay, **a.g.e.**, s. 5; Pekcanitez, Atalay, Özeker, **a.g.e.**, s. 643; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 2; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı**, İstanbul, Alfa Basım, 1995, s.413; Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, 22. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 367; Gökçen Topuz, **Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 31; Max Guldener, **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1979, s. 318. İspat kelime anlamı olarak TDK sözlüğünde tanıt ve kanıt göstererek bir şeyin gerçek yönünü ortaya çıkarma, kanıtlama, tanıtılma, tanıt olarak ifade edilmiştir. (Çevrimiçi) http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5170e9ed7a29c9.02996150.

⁸ Hans-Joachim Musielak, **Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess**, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1975, s. 92; Edgar Siegrist, **Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses**, Diss, Bern, Staempfli & Cie, 1938, s. 193.

⁹ Davacının hakkın doğumu için kanunun birleşmesi gereken tüm şartları ispat etmesi her zaman mümkün olmaz. Bundan dolayı da hakkın varlığını büyük bir ihtimal dahilinde gösteren vakıaları ispat etmesi beklenebilir. Bkz. Mustafa Reşit Belgesay, **İsbat Külfeti**, Üniversite Konferansları 1937-1938, İstanbul, Ülkü Basımevi, İstanbul, 1939, s. 138. Blomeyer vakıaların veya vakıa iddialarının ispat edilebileceğini ifade etmektedir. Vakıaların ispatı onların mevcudiyetiyle ilgiliyken vakıa iddialarının ispatı vakıa iddialarının doğruluk ve hakikatlerine yöneliktir. Bkz. Blomeyer, **a.g.e.**, s.

konusunu bir hak oluşturmaz, bu hakkın mevcudiyetini hakimin ispat edilen koşul vakiadan çıkarması ve buna ilişkin hukuk kuralını uygulaması gerekmektedir¹⁰. Taraflar maddi veya manevi vakıaların varlığına dair ihtilafa düşebilecekleri gibi, bu vakılardan çıkarılacak hukuki sonuç açısından da ihtilafa düşmüş olabilirler¹¹. İspat faaliyetinde ilk aşamada, hukuk kuralının şartlarının iddia edilen olayda bulunup bulunmadığı (hukuki sorun, *Rechtsfrage*), ikinci aşamada da iddia edilen vakıanın gerçek olup olmadığı incelenmektedir (somut olay sorunu, *Tatfrage*)¹². Vakıaların gerçekleştiğinin ispatı gerekmedikçe de, gerçekleşen bu vakılardan hangi hukuki sonucun çıkarılacağına ispatını taraflar yapmamaktadır, keza burada hukuk kuralı uygulanacağından bu görev hâkime aittir¹³.

Hukuk kurallarını iura novit curia ilkesi gereği hâkimin re'sen uygulaması gerekeceğinden, hukuk kuralları ispatın konusunu oluşturmamaktadır¹⁴. MÖHUK m.2'ye göre hakim Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular hükmü yer almaktadır. Hâkimin hukuku kendiliğinden uygulayacağı ilkesi bu hallerde de geçerlidir ve taraflar teknik anlamda

351. Özekes uygulamada davanın bütünüyle ispatından veya davacının ya da davalının iddia ve savunmalarının ispatından söz edilmesinin ve sanki bir davada ispat yükü, ispat türü, ispat ölçüsü tek tip ve tüm davada geçerli olacak şekilde tespit edilecekmiş gibi düşünülmemekte olmasını eleştirmekte, kanunun aradığı her bir koşul vakiaya uygun somut vakıanın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Muhammet Özekes, "FSEK'de İspata İlişkin 76. Maddenin İspat Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi" **Legal Fikrî ve Smaî Haklar Dergisi**, 2005/1, s. 80. Siegrist üç tür vakıanın ispat konusu olarak ele alınabileceğini ifade eder. Bu vakılardan biri hakim tarafından doğrudan hakikat olarak kabul edilir. İkinci tür vakıalar hakim dışındaki kişiler tarafından hakikat olarak kabul edilebilir (tanık, senet vb.). Üçüncü tür vakıalar ise kimse tarafından hakikat olarak kabul edilmemekle birlikte, bir vakiadan diğer bir vakıanın varlığının çıkarılmasıyla ispat edilmektedir. Bkz. Siegrist, **a.g.e.**, s. 200.

¹⁰ Blomeyer, **a.g.e.**, s. 350; Guldener, **Zivil**, s. 318.

¹¹ Necip Bilge, Ergun Önen, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. bs., Ankara, Sevinç Matbaası, 1978, s. 491.

¹² Hukuki sorun ve somut olay sorunu arasındaki sınır ispat yükü problemlerinin de sınırını göstermektedir. Sadece somut olay bölgesindeki şüphenin çözümünde ispat yükü kuralları yetkilidir. Bkz. Rosenberg, **a.g.e.**, s. 8.

¹³ Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 491.

¹⁴ Karslı, **Medeni Muhakeme**, s. 546-548. Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 649; Kuru, **El Kitabı**, s. 414; Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım, Nevhis Deren-Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, İstanbul, Beta Basım, 2009, s. 308; Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 368; Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukukunun Esasları**, 7. bs., İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2000, s. 5; Cenk Akil, "Hakimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi", **AÜHFD**, C. 57, S. 3, 2008, s. 5; Seda Özmumcu, "1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delillerin İkameleri Hakkındaki Hükümlerine Mukayeseli Bir Bakış", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Dergisi**, C. 2013/9, S. 101-102, s. 44.

bir ispat faaliyetinde bulunmamakta, hâkime yardımcı olmaktadır¹⁵. Nitekim yabancı bir hukuk kuralının uygulanması için ileri sürülmesi gerekli olmamakta, resmi görevinden dolayı hakimin maddi hukukta olduğu gibi yabancı hukuk kurallarını da devletler özel hukuku kurallarına göre kendisi belirlemek ve uygulamak zorundadır¹⁶. MÖHUK m. 2/2’de yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi durumunda Türk hukukunun uygulanacağı yer almaktadır. Bu hüküm de bize, yabancı hukuk kurallarının teknik manada ispata ilişkin kurallar olamayacağını, yabancı hukukun tespit edilememesi durumunda Türk hukukunun uygulanarak çözüme kavuşturulmasının yabancı hukuk kurallarının vakıa niteliğinde olmadığını göstermektedir. Ancak, yabancı hukuk kurallarının ispatın konusunu oluşturabileceğine dair ZPO’da hüküm yer almaktadır. ZPO § 293’te mahkeme uygulanması gereken yabancı hukuku bilmiyorsa yabancı hukuk kuralının ispat edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁷.

Örf ve adet kurallarının da ispat konusu teşkil edeceği ileri sürülmektedir¹⁸. Her yörenin farklı örf ve adet kuralları olmasından dolayı, hâkim örf ve adet kurallarına ulaşmakta güçlük çekiyorsa tarafların yardımını talep edilebilir¹⁹. Hâkim taraflar ileri sürmese de bu kuralları kendisi nazara alabilir ve taraflar da bu kuralları ileri sürebilir. Aynı şekilde, tecrübe kuralları da ispatın konusunu teşkil

¹⁵ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 650; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 308-309; Karşı görüş bkz. Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 20-21; Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 6.bs., Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997, s. 363. MÖHUK m.2/2: “Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir.” Yabancı hukuk kurallarının ispatın konusu olabileceğine dair bkz. Özmumcu, **a.g.m.**, s. 45.

¹⁶ Akil, **a.g.m.**, s. 19.

¹⁷ Yabancı hukuk kurallarının ispatı yönünde bkz. Kurt Schellhammer, **Zivilprozess**, 12. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, s. 235; Max Kummer, **Grundriss des Zivilprozessrechts**, Bern, Verlag Staempfli Cie., 1966, s. 120; Max Guldener, **Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht**, Zürich, Schulthess&Co. AG., 1955, s. 2; Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Yargılama Usulleri**, 7. bs., Ankara, Milli Eğitim Basımevi, 1960, s. 252; Guldener, **Zivil**, s. 319; Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. II, 6. bs., İstanbul, Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, s. 1353.

¹⁸ Kuru, **Usul**, s. 1353; Guldener, **Zivil**, s. 319; Özmumcu, **a.g.m.**, s. 45.

¹⁹ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 649; Akil, **a.g.m.**, s. 18 vd.

etmemektedir²⁰. Bu durumlarda, teknik anlamda vakıa için yapılan ispat faaliyeti değil de, tarafların hakime yardımı söz konusu olmaktadır.

İspat faaliyetinde, bir vakıanın doğruluğu hakkında hakimi ikna etmek için kullanılan vasıtalar delillerdir²¹. Deliller kesin delil başlığı altında, senet, yemin ve kesin hüküm, takdiri delil başlığı altında da tanık, bilirkişi, keşif ve kanunda düzenlenmemiş diğer deliller olarak toplanmaktadır²². İspat konusu olan vakıalara ilişkin olarak deliller kullanılır. Delilin ispat edilmek istenen vakıayla ilişkisi, doğrudan doğruya ya da dolaylı olabilir. İspat edilmek istenen vakıayı doğrudan doğruya ispat edebiliyorsa, senedin iddia edilen olayı belgelemesi gibi, doğrudan delil, ispatı istenen vakıayı değil de bu vakıaya yakın bir vakıayı ispat ediyorsa, zinanın ispatında komşu vakıaların ispatı için kullanılan delil gibi, dolaylı delil söz konusudur²³.

İspata dair bu temel açıklamalarımızın ardından ispat türlerini inceleyebiliriz. Doğrudan ve dolaylı ispat kavramlarını ele alıp daha sonra da asıl ispat, karşı ve aksini ispat kavramları üzerinde duracağız.

1. Doğrudan İspat Ve Dolaylı İspat

Vakıalar doğrudan ya da dolaylı önemli olmak üzere iki kısımda incelenmektedir. Hukuk kuralının dayandığı, hukuk kuralındaki hukuki sonucun doğumu için ön koşul olarak düzenlenen vakıalar doğrudan önemli vakıalar iken, uygulanacak hukuk kuralının koşul vakıasının gerçekleşmiş olduğu sonucunu ortaya

²⁰ Kummer, **Grundriss**, s. 121; Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 492; Yıldırım, **a.g.e.**, s. 116; Ahmet Başözen, **Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 159. Tecrübe kuralları teknik bilgiyi gerektiriyorsa, örneğin sanatla ilgili olan veya bilimsel bir konuyu ilgilendiren tecrübe kurallarının ispatının mümkün olabileceği yönünde bkz. Rosenberg, Schwab, Gottwald, **a.g.e.**, s. 622-623. Guldener de tecrübe kuralları mahkemenin bilmediği bir bilgi alanına aitse tecrübe kurallarının ispat yoluyla mahkemeye sunulması gerektiği kanaatindedir Guldener, **Zivil**, s. 319.

²¹ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 528; Muşul, **a.g.e.**, s. 324; Karşlı, **a.g.e.**, s. 570; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 689.

²² Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 714-715.

²³ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 528. Amerikan hukukunda bu ayırım direct/positive evidence ve circumstantial evidence olarak yapılmaktadır. Direct evidence uyumsuzluk konusuyla doğrudan ilgili delil iken, circumstantial evidence uyumsuzluk konusu asıl vakıa ile ilgili başka vakıalarla ilgili delilleri ifade etmektedir. Kaliforniya Medeni Usul Kanununda m. 1831 bu delillerin ayırımını düzenleyen bir maddedir. Bkz. Burr W., Jones, **The Law of Evidence in Civil Cases**, Third Edition, San Fransisco, Bancroft-Whitney Company, 1924, s. 5.

koymaya emare teşkil eden vakıalar ise dolayısıyla önemli vakıalardır²⁴. İspat faaliyetinin içeriği bakımından, doğrudan iddia edilen vakıayı ispatlayacak nitelikte deliller aracılığıyla yani uygulanacak normun koşul vakıasında tanımlanan - doğrudan önemli-vakıaya yönelik yapılan ispat, doğrudan ispattır²⁵. Emare teşkil eden çevre vakılardan (yardımcı vakıalar) hareketle çekişmeli vakıa hakkında hakim tarafından bir sonuca varılmasını sağlamak amacıyla yapılan ispat ise dolaylı ispattır (emare ispatı)²⁶.

Doğrudan-dolaylı ispat belirlemesini yaptığımız bu ayırmadan farklı şekilde yapan bir görüş bulunmaktadır. Bu görüşe göre, kanuni unsurların varlığına hakim, arada bağlantı olmadan doğrudan kendisi ulaşabiliyorsa, keşif gibi, doğrudan ispat vardır. Diğer tüm durumlarda yani hakime tarafların sunduğu delillerle, tanık, senet, bilirkişi gibi, hakim bir vakıanın varlığına kani oluyorsa dolaylı ispat söz konusudur²⁷.

2. Asıl İspat, Aksini İspat Ve Karşı İspat

Önceki açıklamalarımızda yer vermiş olduğumuz, hukuk normunun koşul vakıasının somut vakıada gerçekleştiği iddiasında, ispat yükünü taşıyan tarafça yapılan ispat asıl ispat (*Hauptbeweis*) faaliyetidir²⁸. Asıl ispat faaliyetini yapan taraf henüz ispat faaliyetini neticelendirmeden, hâkimde oluşan geçici kanaati sarsmak ve sona erdirmek amacıyla karşı tarafça yapılan ispat faaliyeti ise karşı ispattır

²⁴ Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 645.

²⁵ Gottfried Baumgaertel, Hans-Willi Laumen, Hanns Prütting, **Handbuch der Beweislast**, 2. Auflage, München, Carl Heymanns Verlag, 2009, s. 13; Topuz, **a.g.e.**, s. 34; Baumbach, Lauterbach, Albers, Hartmann, **a.g.e.**, s. 965; Stein, Jonas, **a.g.e.**, s. 485; Oğuz Atalay, **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001, s.7, 92; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 684; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 295.

²⁶ Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 13; Baumbach, Lauterbach, Albers, Hartmann, **a.g.e.**, s. 965; Stein, Jonas, **a.g.e.**, s. 485; Atalay, **a.g.e.**, s. 8, 92; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 684; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 295.

²⁷ Egon Schneider, **Beweis und Beweiswürdigung**, 5. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 1994, s. 99; Siegrist, **a.g.e.**, s. 196.

²⁸ Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 6; Topuz, **a.g.e.**, s. 32; Rosenberg, Schwab, Gottwald, **a.g.e.**, s. 615; Baumbach, Lauterbach, Albers, Hartmann, **a.g.e.**, s. 965; Stein, Jonas, **a.g.e.**, s. 484; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 682; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 294; Hans W., Laumen, “Die Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr-Ein beweisrechtliches Phänomen”, **NJW**, 2002, s. 3740.

(*Gegenbeweis*)²⁹. Doğrudan asıl ispatın konusunu oluşturan vakıalara yönelip bu vakıa iddiasının doğru olmadığını ispata çalışarak doğrudan karşı ispat yapılabileceği gibi, dayanılan hukuk kuralının koşul vakıasına yabancı olan emare vakıaların ispatıyla da dolaylı karşı ispat yapılabilir³⁰. Asıl ispat ile karşı ispat birbirinden farklıdır. Asıl ispatın konusunu koşul vakıanın mevcudiyeti oluştururken, karşı ispatın konusunu ise bu unsurun mevcut olmadığına yönelik yapılan ispat faaliyet oluşturmaktadır³¹. Asıl ispat faaliyetini yapan taraf ispat yükünü taşıırken, karşı ispat faaliyeti için delil sunan taraf ispat yükünü üzerine almış sayılmaz (HMK m. 191/2).

Asıl ispat konusu vakıanın ispat edilmiş sayılması (ya da ispatına gerek olmaması) durumunda karşı tarafın o vakıanın gerçekleşmemiş olduğunu ya da asıl ispat konusu menfi vakıa ise gerçekleşmiş olduğunu ispata çalışması aksini ispattır (*Beweis des Gegenteils*)³². Aksini ispat genel olarak kanuni karinelerin çürütülmesinde kullanılmaktadır. Kanun koyucu HMK m. 190/2’de (ZPO § 292) karinelerin aksini ispata ilişkin bir düzenleme yapmıştır. Maddeye göre: “*Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir.*”

Aksini ispat ile karşı ispat farklı kavramlar olmakla beraber karıştırılabilmektedir. Karşı ispatın yapılabilmesi için bir asıl ispat faaliyetinin yapılmakta olması gerekirken, aksini ispatta asıl ispatın varlığı gerekmeden ispatlanmış sayılan veya ispata ihtiyaç duyulmayan vakıanın aksinin ispatı yapılmaktadır. Nitekim, aksini ispat karine şeklinde düzenlenmiş olan ispat yükü

²⁹ Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 6; Rosenberg, Schwab, Gottwald, **a.g.e.**, s. 615; Stein, Jonas, **a.g.e.**, s. 485; Pekcanitez, Atalay, Özeker, **a.g.e.**, s. 682; Topuz, **a.g.e.**, s. 33; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.294; Laumen, **a.g.m.**, s. 3741; Özeker, **FSEK**, s. 85. İddianın ispat aracı olan senedin sahteliğinin ispatı ya da olay yeri hakkında ifade veren tanığın o yeri hiç görmediğinin ispatı karşı ispata örnek verilebilir. Bkz. Bilge Umar, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 589.

³⁰ Pekcanitez, Atalay, Özeker, **a.g.e.**, s. 682; Topuz, **a.g.e.**, s. 33.

³¹ Blomeyer, **a.g.e.**, s. 392; Pekcanitez, Atalay, Özeker, **a.g.e.**, s. 682-683.

³² Pekcanitez, Atalay, Özeker, **a.g.e.**, s. 683; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 294; Laumen, **a.g.m.**, s. 3741; Özeker, **FSEK**, s. 85; Topuz, **a.g.e.**, s. 34; Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 8; Max Kummer, **Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Art. 1-10 ZGB**, Bern, Verlag Staempfli Cie., 1966, N. 108. İİK m. 8/3’te yer alan İcra ve İflâs dairelerinin tutanakları, hilâfi sabit oluncaya kadar muteberdir hükmünde tutanakların aksini ispat söz konusudur. Aynı şekilde TMK m. 7’de resmi sicil ve senetlerin de aksini ispat mümkündür. HUMK m. 239’da yer alan “hilafını ispat” deyimini ise karşı ispat anlamında kullanılmıştır. Bkz. Atalay, **a.g.e.**, s. 7.

kuralı sebebiyle ortaya çıkan bağımsız ispat yükünü taşıyan tarafça, karineye dayanan tarafa karşı yapılan, bağımsız bir ispat faaliyetidir³³. Karşı ispat ise, bağımsız bir ispat faaliyeti olmayıp, diğer tarafın ispat faaliyetine karşı yapılan bir ispat faaliyetidir³⁴.

B. İDDİA VE SOMUTLAŞTIRMA YÜKÜ

“Kim ispat etmelidir?” sorusu “Ne ispat edilmelidir?” sorusunun yanında bağımsız bir anlama sahip değildir ve iki sorunun cevapları birbirlerinden ayrı verilememektedir³⁵. Bu soruları sormadan önce taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı yargılamada “Ne iddia edilmelidir?” sorusunun sorulması gerekmektedir³⁶.

Taraflarca getirilme ilkesinin egemen olduğu medeni yargılamada, hâkimin bir hukuk kuralının koşul vakıalarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verebilmesi için, bu vakıaların taraflarca ispat edilmesi gerekli olduğu gibi, iddia edilmeleri de gerekmektedir. Tarafların uyumsuzluk konusuna ilişkin bir hukuk normunun aradığı koşul vakıalara karşılık gelen somut vakıaların varlığını mahkemeye bildirme, ileri sürme ödevleri iddia yükü (Behauptungslast)³⁷ olarak adlandırılmaktadır³⁸. Taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda taraflar

³³ Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 683.

³⁴ Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 8; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 683. Karşı ispat, asıl ispat ve aksini ispat gibi doğrudan ve dolaylı ispat yoluyla yapılabilir. Ancak bu ispat türünde doğrudan ispatta ZPO §445’te yer alan isticvap müessesesine 445/2 gereği başvurulamazken, dolaylı ispat yolunda bu müesseseye başvurulabilecektir. Bkz. Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 7; Rosenberg, Schwab, Gottwald, **a.g.e.**, s. 615.

³⁵ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 42; Dieter Leipold, **Beweislastregeln und Gesetzliche Vermutungen**, Berlin, Duncker Humblot, 1966, s. 88.

³⁶ Rosenbeg, **a.g.e.**, s. 49.

³⁷ İddia yükü kavramı için Alman hukukunda Darlegungslast, Argumentationslast, Substantiierungslast, Erklärungslast, Anführungslast, Präferenzlast kavramları da kullanılmaktadır. Bkz. Musielak, **Beweislast**, s. 44.

³⁸ Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 664; Atalay, **a.g.e.**, s. 24; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 43; Prütting, **a.g.e.**, s. 50; Musielak, **Beweislast**, s. 44; Edis, **a.g.e.**, s. 364; Markus Guggenbühl, **Die gesetzlichen Vermutungen des Privatrechts und ihre Wirkungen im Zivilprozess**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990, s. 101; Walter J. Habscheid, **Schweizerisches Zivilprozess und Gerichtsorganisationsrecht**, 2. Auflage, Basel und Frankfurt am Main, Verlag Helbing&Lichtenhahn, 1990, s. 391.

ispat etmek istedikleri vakıya dair hiç veya yeteri kadar iddiada bulunmadıkları takdirde, medeni usul hukuku bu vakıalara sonuç bağlamamaktadır³⁹.

İddia yükü kavramı, hakkın gerçekleştirilmesi veya hukuki değerlendirmeye ilgili bir kavram değildir, aksine vakıalarla ilgili bir kavramdır⁴⁰. Yargılamada tüm vakıaların ispatı gerekirse de, hâkimin vereceği kararda nazara alınması gereken vakıaların iddia edilmesi gerekmektedir⁴¹. Bir vakıayı hangi taraf mahkemeye getirmiş ve iddia etmiş olursa olsun o vakıa ispat edilmediğinde kimin aleyhine karar verilecekse o taraf ispat yükünü taşır. İddia eden iddiasını ispatla mükelleftir ifadesi ise bazen davacının iddia ettiği vakıa hakkında ispat yükü davalıda olabileceğinden isabetli değildir⁴².

İddia yükünü belirleyen kurallar bulunmamasından dolayı iddia yükünün nasıl belirleneceği tartışılmaktadır⁴³. Çoğunluk görüşü, ispat yükü kurallarına göre iddia yükünün kimin üzerinde olduğuna karar verileceği yönündedir⁴⁴. Musielak ise ispat yükü kurallarına gerek olmadan, taraflarca getirilme ilkesinin bir sonucu olarak davada ileri sürülmemiş bir vakıanın mevcut sayılmayacağını ve bu şekilde iddia yükünün belirlenebileceğini kabul etmektedir⁴⁵. Kanaatimizce, iddia yükü kuralları ispat yüküne göre belirlenir ve ispat yükünü taşıyan taraf iddia yükünü de taşır. Taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı bir davada taraflar hükme temel teşkil edecek bir vakıaya dair iddiada bulunmadıkları zaman mahkeme neye göre karar verecektir? Bu durumda ispat yükü kurallarına göre iddia yükü belirlenecek ve iddia edilmemiş olan vakıadan dolayı olumsuzluğa o taraf katlanacaktır. Bir vakıanın ispat

³⁹ Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 56-57; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 664. Bundan dolayı Habscheid, iddia ve somutlaştırma yükü kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda değil taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda söz konusu olduğunu belirtmektedir. Bkz. Habscheid, **a.g.e.**, s. 391.

⁴⁰ Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 68.

⁴¹ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 44; von Greyerz, **a.g.e.**, s. 32; Prütting, **Beweislast**, s. 51; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 664.

⁴² Özkes, **FSEK**, s. 81.

⁴³ Bu tartışma daha çok İsviçre Kantonal Usul Hukukunda önem taşımaktadır Atalay, **a.g.e.**, s. 27.

⁴⁴ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 49; Prütting, **Beweislast**, s. 51; Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 63; Atalay, **a.g.e.**, s. 28; von Greyerz, **a.g.e.**, s. 32; Habscheid, **a.g.e.**, s. 391.

⁴⁵ Musielak, **Beweislast**, s. 45. Pekcanitez, Atalay, Özkes de bir vakıa yönünden ispat yükünün bulunmamasının bu tür vakıaların iddia edilmesinin gerekmediği anlamına gelmediğini ve bir davada önem taşıyan tüm vakıaların kural olarak mutlaka iddia edilmeleri gerektiğini belirterek bu görüşe yakın kanaattediler. Bkz. Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 664.

edilmesi gerekmiyorsa- karine sonucu, ikrar edilmiş vakıalar, herkesçe bilinen vakıalar-, bu vakıaların iddia edilmesi gerekmemektedir ve hakim kendiliğinden bu vakıaları nazara alabilmelidir⁴⁶.

İddia yükü de ispat yükü gibi subjektif ve objektif iddia yükü olarak ayrılmaktadır. Objektif iddia yükü tarafların iddia etmedikleri vakıa hakkında verilecek aleyhe hükümden dolayı katlanacakları olumsuz durumu ifade eder ve objektif ispat yüküyle bağlantı içerisindedir⁴⁷. Subjektif iddia yükü ise subjektif ispat yüküyle ilgili olan, objektif iddia yükünün ilgili olduğu olumsuz durumdan sıyrılmak amacıyla davadaki gerekli vakıaları iddia etmek yükü olarak ifade edilebilir⁴⁸.

İddia yükü davada hem davacıya hem davalıya ait olabilir. Davacının ileri sürdüğü iddialara karşı davalının sessiz kalması inkâr anlamı taşıyacak ve davalının davacının iddialarına karşı çıkmak için savunma yapması icap edecektir. Bundan dolayı hukukumuzda iddia yükünün bir görünümü olan savunma yükü kavramından da bahsedebiliriz⁴⁹.

İddia yükü kavramının ardından iddia yüküyle akrabalığı bulunan ve iddia yükünden kolayca ayrılamayan⁵⁰ somutlaştırma yüküne de kısaca değinmek istiyoruz. HMK m.194/1'e göre: "*Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır.*" İddia ve ispat yükü kavramlarıyla birlikte taraflar, gerçekleştiğini iddia ettikleri somut vakıalarını zaman, mekân ve içerik olarak somutlaştırarak dava dilekçesinde belirtmeleri gerekmektedir⁵¹. A, B'nin haksız fiilini iddia etmekle birlikte, bu haksız fiilin nerede, ne şekilde yapıldığını, zamanını ve kimlerin bu haksız fiili yapmış olduğunu dava dilekçesinde ispata elverişli şekilde

⁴⁶ Diğer görüş için bkz. Pekcanitez, Atalay, Özeker, **a.g.e.**, s. 664; von Greyerz, **a.g.e.**, s. 32.

⁴⁷ Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 57; Atalay, **a.g.e.**, s. 24; Prütting, **Beweislast**, s. 56; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 47-48; Rosenberg, Schwab, Gottwald, **a.g.e.**, s. 652; Musielak, **Beweislast**, s. 44 vd.

⁴⁸ Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 58; Atalay, **a.g.e.**, s. 25-26; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 48-49; Prütting, **Beweislast**, s. 52-53; Rosenberg, Schwab, Gottwald, **a.g.e.**, s. 652.

⁴⁹ Pekcanitez, Atalay, Özeker, **a.g.e.**, s. 664; Atalay, **a.g.e.**, s. 30. ZPO § 138/3'e göre açıkça inkâr edilmemiş vakıalar ikrar edilmiş sayılır.

⁵⁰ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 104.

⁵¹ Pekcanitez, Atalay, Özeker, **a.g.e.**, s. 665; Özmumcu, **a.g.m.**, s. 54.

somutlaştırmalıdır. Somutlaştırma yükünü yerine getirmeyen tarafın nasıl bir yaptırımla karşılaşacağı ise kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Doktrinde, iddia ispata elverişli şekilde yeterince somutlaştırılmadığında, talebin reddedilebileceği ifade edilmektedir⁵².

C. İSPAT YÜKÜ

İspat yükü (*onus probandi*, *Beweislast*) medeni muhakemede o kadar önemlidir ki, ispat yükünün yargılamanın bel kemiğini oluşturduğu söylenebilir⁵³. Davanın tarafları arasında ihtilafli olan ve dosyaya girmiş bulunan bir vakıayı taraflardan hangisinin ispat etmesi gerektiğini belirleyen, bu vakıanın gerçekleşmiş olup olmadığının anlaşılabilmesi yani olayın ispatsız kalması yüzünden hâkimin

⁵² Habscheid, **a.g.e.**, s. 391; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 666; Atalay, **a.g.e.**, s. 36. Doktrinde Özmumcu, tarafların HMK m. 194 anlamında somutlaştırma yükünü tam anlamıyla yerine getirip getirmediğinin veya ne derece yerine getirdiklerinin davanın başında belli olmayacağını, davanın seyrinde belli olacağını ifade etmektedir. Bkz. Özmumcu, **a.g.m.**, s. 56 vd.

⁵³ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 61; Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 25. İspat bir yükümlülük müdür, hak mıdır yoksa bir yük müdür? İspat yükü ve hak olmakla birlikte yükümlülük değildir. Tarafları ispata zorlayan mükellefiyet değil kendi yararlarıdır. Bkz. Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 3. İspat yükünü yerine getirmeyen tarafa maddi hukuktaki gibi ifaya zorlama veya tazminat gibi bir müeyyide uygulanmaz, bu taraf için aleyhe kararlar karşılama riski söz konusu olur. Bkz. Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 667-668. HMK 189. maddenin başlığı ispat hakkıdır. Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir. İspat hakkını AY 36. madde kapsamı altına almaktadır. Anayasanın 36. maddesinin ifadesi de şu şekildedir: “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” İspat hakkı anayasal dayanağı bulunan, davacı ve davalıya tanınmış bir haktır. Taraf ispat faaliyetinde bulunmadığı zaman kendi lehine hukuki sonuçtan mahrum kalacak ve bunun ötesinde bir yaptırımla karşılaşmayacaktır. Bundan dolayı ispatı bir yükümlülük olarak nitelendirmek müesseseye tanınan hukuki sınırı aşmak olacaktır. Özkes, taraflara ispat ve delil hakkı tanınmaması veya sınırlamalar yapılması hukuki dinlenilme hakkıyla ilgili ispat, ispat yükü veya ispat ölçüsü kurallarının yanlış uygulanmasının hukuki dinlenilme hakkıyla ilgili olmadığını belirtmiştir. Bkz. Muhammet Özkes, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2003, s. 130. Rosenberg ise ispat ve iddianın bir hak, yük ya da yükümlülük olmadığını, tarafların yargılamada zafer kazanmak için yaptıkları çabada, ispatı ve iddiayı yerine getirdiği takdirde avantaj, yerine getirmediği takdirde ise bir dezavantajın söz konusu olduğu imkân olarak görmektedir. Bkz. Rosenberg, **a.g.e.**, s. 60. Laumen de ispat yükü kavramının usuli anlamda bir yük olmadığını sadece belirsizlik durumunun sonucuna dair bir kavram olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Laumen, **a.g.m.**, s. 3741. Özellikle objektif ispat yükünde yer alan “yük-Last” kavramı oldukça eleştirilmekte ve talihsiz ve yanlış anlaşılmalara sebep olabilecek bir kavram olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Musielak, **Beweislast**, s. 5. Çünkü objektif ispat yükü durumunda herhangi bir yükümlülük olmadığı gibi bir külfet de bulunmamakta, buradaki durum olumsuz duruma katlanma hali olarak andırılmaktadır. Ancak subjektif ispat yükü taraflara yüklenen gerçek bir usuli yüküdür. Çünkü delil ikamesi yükünü yerine getirmedikleri takdirde yargılamaya dair bir kayıpla karşılaşabileceklerdir. Bkz. Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 28; Musielak, **Beweislast**, s. 28. Tuğsavul da kanunun iddiada bulunana yüklediği ispat yükünün bir külfet olmakla beraber bu külfetin bir nimet olduğunu da ifade etmektedir. Çünkü davacı davasını ispat ederse külfete karşılık davayı kazanacaktır. Bkz. Muhsin Tuğsavul, “İspat Külfeti, Kanuni Deliller ve İkamesi”, **AD**, 1951, S. 7, s. 1061-1095, s. 1061.

aleyhte bir kararıyla karşılaşmak tehlikesi olan kurallara ispat yükü kuralları (ispat yükünün paylaşılması kuralları) denir⁵⁴.

Medeni yargılamada taraflar ispat yükünün kime düştüğünü tartışmadan delillerini mahkemeye sunarlar⁵⁵. İspatın hangi tarafın sunduğu delillerle yapıldığının önemi olmaksızın, uyuşmazlık konusu çözümlendiği takdirde ispat yükünün kimde olduğu tartışılmadan dava sona erdirilir⁵⁶. İspat yükünün kimde olduğu davanın başında biliniyor olsa da, yargılamaya bu kavramın faydası ancak delillerin değerlendirilmesi aşamasından sonra ortaya çıkar⁵⁷. Baumgaertel, Laumen, Prütting ise ispat yükünün sadece yargılamanın sonunda değil, ispat riskinin yargılamada söz konusu olup olmayacağı veya hangi tarafın bağımsız bir ispat faaliyetini yürütmeli olduğunun belirlenmesi açısından da, tarafların davranışlarını etkileyeceğini ve yargılama öncesinde de ispat yükü kurallarının bir anlama sahip olabileceğini ifade etmektedir⁵⁸.

Hakimin tüm delilleri değerlendirmesine rağmen karar verememesi halinde, yani davada belirsizliğin olduğu bu durumda hakim her zaman son çare (ultima ratio) olarak ispat yükü kurallarına başvurur⁵⁹. Buradaki belirsizlik, hukuki nitelendirmeye ait bir belirsizlik değil, iddia edilen vakıalara ait bir belirsizliktir⁶⁰. Deliller davayı yeterince aydınlatamamışsa ve hâkim davayı aydınlatma yükü kapsamında yeni

⁵⁴ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 3; Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 23; Blomeyer, **a.g.e.**, s. 361; Timuçin Muşul, **Medeni Usul Hukuku**, 3. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 321; Karlı, **Medeni Muhakeme**, s. 551-552; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 667-668; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 2; Atalay, **a.g.e.**, s. 9; von Greyerz, **a.g.e.**, s. 31; Topuz, **a.g.e.**, s. 35; Musielak, **Beweislast**, s. 5; Leipold, **a.g.e.**, s.18; Kaethe Loewy, **Die Vermutung**, Bonn und Köln, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1930, s. 11; Richard Zöllner, **Zivilprozessordnung**, 22. Auflage, Köln, Dr.Otto Schmidt Verlag, 2001, pg. 15; Üstündağ, **Yargılama**, s. 613. Anglo Amerikan hukukunda da ispat yükü, yargılamanın devamında sorumluluğun kimde olacağını gösteren, yargılamanın başında veya sonrasında teklifin desteklenmesinde iddia veya kanıt getirme görevini taşıyan veya karşı iddia veya kanıtı dair bir teklif kurmaya yarayan kural olarak tanımlanmakta ayrıca ispat yükünün yargılamanın başında aleyhine karar verilecek kişinin üzerinde bulunduğu belirtilmektedir. Bkz. Jones, **a.g.e.**, s. 237-238.

⁵⁵ Karlı, **Medeni Muhakeme**, s. 551; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 668.

⁵⁶ Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 370.

⁵⁷ Atalay, **a.g.e.**, s. 10; von Greyerz, **a.g.e.**, s. 31.

⁵⁸ Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 24

⁵⁹ Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 23; Hakan Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 34; Topuz, **a.g.e.**, s. 37; Karlı, **Medeni Muhakeme**, s. 551; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 668; sadece belirsizlik durumunda ispat yükü kuralları gereğince karar verilir Musielak, **Beweislast**, s. 14; Lauman, **a.g.m.**, s. 3748.

⁶⁰ Rosenberg, Schwab, Gottwald, **a.g.e.**, s. 620.

delillerin mahkemeye sunulmasını istemesine rağmen uyuşmazlık konusu çözümlenememişse, hakim ceza yargılamasındaki gibi delil yetersizliğinden dolayı davayı sona erdiremez ve mutlaka bir karar vermek zorundadır. Medeni yargılamada maddi meseledeki belirsizlik hukuki meseledeki belirsizliğe yol açmamaktadır⁶¹. Vakıaların belirsiz kalmasına rağmen iddia edilen hakkı reddeden veya onaylayan bir kararı vermek zorunda olan hâkime, somut durumda nasıl karar vermesi gerektiğini emrederek ispat yükü kuralları yardımcı olur⁶². Nitekim, taraf iddiaları tartışmalı değilse veya tartışmalı iddiaların gerçek olup olmadığına dair hâkimde kanaat hâsıl olmuşsa ispat yükü sorunu ortaya çıkmayacaktır⁶³. İspat yükünün kime düştüğüne hâkimin yargılamanın sonunda karar vermesinin gerekmesi, ispat yükü kurallarının yargılamadan sonuç olarak çıkarılan kurallar olduğunu düşündürmemelidir. Keza, ispat yükü kuralları somut olaydan bağımsız olarak tespit edilen ve uygulanacak hukuk kuralından çıkarılan, yargılamadan önce belirlenmiş kurallardır⁶⁴.

İspat yükü kurallarının hangi aşamada bir anlam kazanacağını ve hangi durumda ispat yükü kurallarına göre karar verileceğinin neden bu kadar önemli olduğuna ilişkin aşağıdaki örnek verilmektedir⁶⁵.

A haksız fiil gerekçesiyle B'ye dava açmıştır ve yapılan ispat faaliyeti sonucunda hâkim haksız fiili B'nin değil C'nin işlediğine dair kanaat edinmiştir. Ancak hâkim, C dava dışı olduğundan C aleyhine karar veremez. B'nin haksız fiili işlemediğine ikna olduğu anda, belirsizlik durumunda ispat yükünü taşıyan A aleyhine karar verebilirdi. Ancak, yargılamanın ilerleyen aşamalarında, davada belirsizlik durumu söz konusu olmadığından, A'nın ispat yükünü yerine getiremediği gerekçesiyle onun aleyhine karar veremez. Hâkim bu durumda davayı sıfat yokluğundan reddedecektir. Bu yüzden ispat yükü kuralları davanın başındaki belirsizlik durumunda değil-ki bu belirsizliği aşmak için delillerin sunulması, değerlendirilmesi işlemleri yapılır-, delillerin değerlendirilmesi sonucundaki

⁶¹ Von Greyerz, **a.g.e.**, s. 31; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 9.

⁶² Rosenberg, **a.g.e.**, s.2; Hans-Joachim Musielak, **Grundkurs ZPO**, 8. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2005, s. 282; Prütting, **a.g.e.**, s.19,20; Yıldırım, **a.g.e.**, s. 74.

⁶³ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 8; von Greyerz, **a.g.e.**, s. 31.

⁶⁴ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 3.

⁶⁵ Örnek için bkz. Musielak, **Beweislast**, s. 14; Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 30.

belirsizlik durumunda bir anlam kazanır ve bu halde ispat yükü kurallarına göre karar verilir⁶⁶.

İspat yüküne dayanılarak verilen karar maddi anlamda kesinleşmesi mümkün olan esasa ilişkin bir karardır⁶⁷. Hâkimin ispat yükünü yanlış tespit etmesi, kendisine ispat yükü düşmeyen taraftan uyuşmazlık konusu vakıyı ispat etmesini istemesi bozma sebebidir⁶⁸. Hâkim ispat yükünün kimde olduğuna yanlış karar vermesine rağmen uyuşmazlık konusu hakkında gerçek ortaya çıkmışsa ispat yükünün yanlış tarafa yüklendiğinden dolayı kararın bozulması gerekmez⁶⁹.

1. İspat Yükü Kuralları Ve Bazı Özel Durumlar

İspat yükün ilişkin olan, TMK m. 6 (Art. 8 ZGB) ve HMK m. 190'ın düzenlemesine⁷⁰ göre, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran taraf ispat yükü altındadır ve ispatsızlığın riskine o katlanacaktır (*Incumbit el qui dicit*)⁷¹. Bu kuralda davacı veya davalı olarak bir belirleme yapılmamakta ve taraf ifadesiyle ispat yükünü taşıyan taraf belirtilmektedir. Zira ispat yükünü her zaman davacı taşımaz, bazı hallerde bu yük davalı tarafa da ait olabilir⁷². Vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafın ispat yükünü taşıdığı kuralı ispat yüküne kimin sahip olduğunu her zaman kolaylıkla çözememektedir. Hangi vakıanın hangi tarafın lehine olduğunun belirlenmesinde

⁶⁶ Musielak, **Beweislast**, s. 15.

⁶⁷ Atalay, **a.g.e.**, s. 10, dn. 34.

⁶⁸ Kuru, **Usul**, s. 11357; Üstündağ, **Yargılama**, s.616.

⁶⁹ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 4; Rosenberg, **a.g.e.**, s.8-9. Hakimin ispat yüküne dair kurallara aykırı davranması HUMK m. 428/II'ye göre nispi temyiz sebebi olacaktır. Bkz. Sema Taşpınar, **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001, s. 570.

⁷⁰ HMK'dan önce HUMK'ta ispat yüküne dair düzenleme bulunmamakta, TMK m. 6'da yer alan kural ispat yüküne dair tek kural olma özelliğini korumaktaydı. Şekli hukuk meselesi olan ispat yükünün Medeni Kanunda düzenlenme sebebi ise İsviçre'de federal bir usul kanunun bulunmaması, Medeni Kanunun bütün İsviçre'de yeknesak olarak uygulanmasını sağlama isteğinden dolayı ispat yükünün Medeni Kanunda düzenleme gereği duyulmasıdır. Bkz. Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, C. I, 8. bs. İstanbul, Beta Basım, 2011, s. 198.

⁷¹ Umar maddeyi hatalı bulmaktadır. Bir vakta için ispat yükünün bulunması kişinin o vakıadan kendi lehine hak çıkarmasına bağlı değildir. O vakıadan kendi lehine hukuksal sonuç çıkarmasının yeterli olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Umar, **a.g.e.**, s. 574-575.

⁷² Musielak, **Beweislast**, s. 18. Menfi tespit davasında olduğu gibi.

bazı teoriler oluşturulmuştur⁷³. Bu teorilerden Rosenberg'in norm kuramı bugün kabul edilmektedir⁷⁴. Norm kuramı ise kısaca şu şekildedir. Hukuk normları asıl normlar (hakkı var eden temel norm) ve karşı normlar (hakkı bertaraf edici norm) olarak ayrılır. Karşı normlar hakkın doğumuna engel olan normlar (*rechtshindernden*) -fiil ehliyetsizliği-, hakkı düşüren normlar (*rechtsausschliessenden, rechtshemmende*)- hak düşürücü süre-, hakkın kullanılmasına engel olan (*rechtsvernichtenden*) normlar-zamanaşımı def'i- olarak ayrılmaktadır. Bir hukuk kuralına dayanarak hak iddia eden kişi bu hukuk kuralının soyut unsur vakıalarını ispat yükünü taşıırken bu hakkın doğumuna engel olan, bu hakkı düşüren veya bu hakkın kullanılmasına engel olan normlara dayanan taraf bu normların unsur vakıasını ispat edecektir.

İspat yükünün kime düştüğü genel kuralının bazı hallerde istisnaları söz konusudur. Bazı hallerde ispat yükünü kimin taşıdığını kanun maddesi belirlemiştir⁷⁵. İleri sürülen vakıa normal durumun aksi ise, bu vakıaya ilişkin ispat yükünün söz konusu olduğu kabul edilmektedir⁷⁶. Kanuni karineye dayanan taraf,

⁷³ Olumsuzluk teorisi, süreklilik teorisi, karine teorisi, dava temelini oluşturan vakıalara ilişkin teoriler, bütünlük teorisi, ihtimal teorisi,norm teorisi. Bu teorilere ilişkin bkz. Atalay, **a.g.e.**, s. 103-113; Taşpınar, **a.g.e.**, s. 166-167, dn. 229; Albayrak, **a.g.e.**, s. 389 vd.

⁷⁴ Rosenberg, **a.g.e.**, s.101 vd.

⁷⁵ Kuru, **Usul**, s. 1376; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 671; Karlı, **Medeni Muhakeme**, s. 557. Örnek olarak: TMK m. 299'a göre, tanınanın iptali davasında davacı, tanıyanın baba olmadığını ispatla yükümlüdür.

⁷⁶ Karlı, **Medeni Muhakeme**, s. 557; İlhan E., Postacıoğlu, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. bs., İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., 1975, s. 537. Sözleşmenin tarafının fiil ehliyetine sahip olduğunun ispatı gerekmez, sahip olmadığını iddia edenin ispatlaması gerekir. Bkz. Kuru, **Usul**, s. 1368. Çekin davalı tarafa karz akdinden dolayı borç olarak verildiği iddiası ile açılan bir davada ispat yükü davacıya aittir. Asıl olan çekin bir borcun doğumu amacıyla verilmesi değil, bir ödeme vasıtası olarak borcun sona erdirilmesi amacıyla verilmesidir. Bundan dolayı normal durumun aksini savunan davacının çeki ödünç olarak verdiğini ispat etmesi gerekir. Bkz. Muşul, **Usul**, s. 323. TMK m.3'te yer alan "Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda asıl olan iyiniyetin varlığıdır" ifadesinde iyiniyet teknik anlamda bir karine olmayıp sözde bir karinedir. İyiniyetin aslolmasında kanunun iyiniyete bir sonuç bağlaması icap edecektir. TMK m. 724'te başkasının arazisine yapı yapan kişinin iyiniyetinden bahsedilmektedir. Burada TMK m.3'teki iyiniyetin varlığının aslolmasının aksine iyiniyet iddiasında bulunanın iyiniyetini ispat etmesi gerekmektedir. Normal durum bir arazinin kime ait olduğunun bilinmesidir ve neden iyiniyetli olarak tapuda başkası adına kayıtlı araziyi kendi arazisi sanarak inşaat yaptığını iyiniyetli olduğunu iddia edenin ispatlaması icap eder. Postacıoğlu'na göre, başkasının arazisine bina yapan tapuda malik gözükene kişiden söz konusu araziyi haricen satın aldığını ve ferağın tapuda sonradan yapılacağına inandığından arazi üzerinde inşaat yaptığını iddia ederek haricen yaptığını anlaşılmayı da gösterip iyiniyetini ispatlaması gerekir. Bkz. Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 545-546; nitekim bu durumda iyiniyetin asıl sayılmamasını gerektiren fiili karine mevcuttur. Kuru, **Usul**, s. 1369; Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 372. Normal duruma göre ispat yükünün belirlenmesine ilişkin olarak bkz. Üçüncü Bölüm: Fiili Karinelerin Hukuki Niteliği.

karine temelini ispat yükünü taşımakla beraber, karine sonucuna ilişkin ispat yükünden muaftır (HMK m. 190/2). Normal duruma dayanan tarafın durumu karineye dayanan taraftan daha elverişlidir. Çünkü normal duruma dayanan taraf iddia ettiği durumun normal durum olduğunu ispat etmesi gerekmezken, karineye dayanan tarafın karine temelini ispat etmesi gerekir⁷⁷. İspat yükü sözleşmesinin bulunduğu hallerde, ispat yükünün belirlenmesi kuralına istisna teşkil eder⁷⁸.

2. Objektif Ve Subjektif İspat Yükü

İspat yükü objektif ispat yükü ve subjektif ispat yükü olarak iki kısımda incelenmektedir⁷⁹. Hukuki sonuç çıkarılmak istenen vakıaların ispat edilememesi durumunda ispat yükü üzerinde olan taraf aleyhine karar verilme riskini objektif ispat yükü⁸⁰ (tespit yükü, *Feststellungslast*) ifade etmektedir. Objektif ispat yükü ispat yükünün yerine getirilememesinin yaptırımını düzenlemektedir. Subjektif ispat yükü⁸¹ (delil ikame yükü, *Beweisführungslast*) ise yargılamanın sonunda aleyhine hüküm verilmemesi için hangi tarafın delil sunması gerektiğine ilişkin yükü ifade etmektedir.

Objektif ispat yükünün dağıtılması, hukuk kurallarıyla belirlendiğinden ve yargılamanın başında, devamında, sonunda sabit olduğundan hukuki meseleyle ilgilidir. Subjektif ispat yükü ise delillerin somut olayda ikamesiyle ilgili bir kavram olmasından ve delillerin değerlendirilmesiyle de ilgisinin bulunmasından dolayı maddi meseleye bağlı bir kavramdır⁸².

⁷⁷ von Greyerz, **a.g.e.**, s. 14; Atalay, **a.g.e.**, s. 80.

⁷⁸ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 672.

⁷⁹ Bu ayırım ve açıklamalar için bkz. Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 27; Rosenberg, Schwab, Gottwald, **a.g.e.**, s. 645; Karlı, **Medeni Muhakeme**, s. 551; Laumen, **a.g.m.**, s. 3743-3746. Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 668, Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 309; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 18-43, Musielak, **Grundkurs**, s. 283-284; Topuz, **a.g.e.**, s. 36-39; Musielak, **Beweislast**, s. 6, 8; Habscheid, **a.g.e.**, s. 385-386; Somut ispat yükü, soyut ispat yükü, objektif somut ispat yükü, subjektif soyut ispat yükü kavramları için bk. Musielak, **Beweislast**, s. 8 vd., Prütting ispat yükünü ayrıca soyut ve somut olarak da ayırma tabi tutmuştur. Bkz. Prütting, **a.g.e.**, s. 33 vd.

⁸⁰ Feststellungslast, materielle Beweislast, seltener Beweisgefah, Beweisrisiko, Streitisiko, Feststellungsgefah olarak Alman hukukunda ifade edilmektedir. Bkz. Musielak, **Beweislast**, s. 6.

⁸¹ Beweisführungslast, formelle Beweislast, prozessuale Beweislast, falsche Beweislast olarak Alman hukukunda ifade edilmektedir. Bkz. Musielak, **Beweislast**, s. 6.

⁸² Laumen, **a.g.m.**, s. 3747.

İspat yükü re'sen araştırma veya taraflarca getirilme ilkesinin egemen olduğu her türlü yargılamada olduğu gibi çekişmeli ya da çekişmesiz yargılamada da uygulanmaktadır⁸³. Bir görüşe göre, objektif ispat yükü, re'sen araştırma veya taraflarca getirilme ilkelerinin egemen olduğu davalarda uygulanabilirken, subjektif ispat yükü hâkimin taraflarca getirilen malzemelerle bağlı olduğu davalarda yani taraflarca getirilme ilkesinin egemen olduğu davalarda geçerlidir⁸⁴. Subjektif ispat yükünün taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda söz konusu olmasının sebebi ise, taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda yalnızca ispat yükü üzerinde olan taraf ispat faaliyetini yerine getirirken, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ispat yükünü taşıyan tarafla birlikte mahkeme de kendiliğinden delil toplayabilmekte ve ispat faaliyetini yerine getirebilmektedir⁸⁵. Bundan dolayı da subjektif ispat yükü- delil ikame yükü re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda söz konusu olamaz, yalnızca taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda söz konusu olabilir.

Bizim de katıldığımız diğer görüş⁸⁶ ise, subjektif ispat yükünün re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda da söz konusu olabileceği yönündedir. Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, hâkim kendiliğinden delil araştırması yapabilmekle beraber taraflar da talepleri doğrultusunda kendileri dava malzemesini toplayabilirler. Hâkim de taraflara delil ikame etmelerini emredebilir ve taraf, delil ikame etme yükü altında olabilir. Bu yüzden, delil ikame yükünün re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda da söz konusu olabilmesi gerekir. Sonuç olarak, kanaatimizce, subjektif ve objektif ispat yükü her iki yargılamada da söz konusu olabilmektedir.

⁸³ Von Greyerz, **a.g.e.**, s. 32; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 28-40.

⁸⁴ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 24,41; Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 45; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 668; Hasbcheid, **a.g.e.**, s. 386; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 309; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 41.

⁸⁵ Hasbcheid, **a.g.e.**, s. 385-386.

⁸⁶ Atalay, **a.g.e.**, s. 22; Prütting, **a.g.e.**, s. 38-39; Topuz, **a.g.e.**, s. 40.

3. İspat Yükü Kurallarının Hukuki Niteliği

Vakıaların varlığına dair belirsizliğin devam etmesine ve yargılama dışındaki hukuki durumda bir değişiklik olmamasına rağmen, ispat yükü kurallarının yardımıyla sanki koşul vakıa unsuru gerçekleşmiş gibi koşul vakıanın fiili şartları hakkındaki usuli belirsizlikte bir karar verilmektedir⁸⁷. Zira, ispat yükü kuralları taraflar için belirlenmiş davranış normları değil hakime yöneltilmiş karar normlarıdır (*Entscheidungsnorm*)⁸⁸.

İspat yükü kuralları iki farklı vakıaya hukuki anlamda eşit değerlendirme sağlamasından dolayı fiksiyon-varsayım olarak da kabul edilmektedir. Bir kuraldaki koşul vakıanın fiili unsurlarının belirsiz kalması vakıası, iddianın gerçekliğine dair pozitif veya negatif sonuç vakıasına eşit sayılacaktır⁸⁹. İspat yükünün varsayım olarak ele alınmasının maddi hukuka dair varsayımlardan farkı ise bu eşit değerlendirmenin hakikatle pek bir ilgisinin olmamasına rağmen, usuli bir sonucunun olması ve sadece hâkimin karar vermesi için yapılmasıdır⁹⁰.

İspat yükü kurallarının hukuki niteliği açısından bu kuralların maddi hukuka mı yoksa muhakeme hukukuna mı ait olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Ancak ispat yükü kurallarının maddi hukuka mı yoksa muhakeme hukukuna mı ait olduğu tartışmalıdır⁹¹. Bu tartışma sadece teorik bakımdan değil, uygulama bakımından da önem taşımaktadır⁹².

⁸⁷ Leipold, **a.g.e.**, s. 64, 65.

⁸⁸ İspat yükü kuralları yargılamanın sürecinden ziyade maddi anlamda kararın içeriğini düzenleyen kurallardır. Bkz. Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 68; Daenzer, **a.g.e.**, s. 127; Siegrist, **a.g.e.**, s. 232. Karar normları taraflara yüklenen davranış kuralları veya tespit edilmiş bir vakıaya hakkı uygulayan normlar değildir, aksine bu normlar hakimin kararının içeriğini oluşturan normlardır. Hakkın uygulanması ise karar normlarının sonucunun etkisini oluşturur. Bkz. Prütting, **a.g.e.**, s. 23. Kişiler arasındaki özel hukuk ilişkisini ispat yükü kuralları düzenlemez, bu yüzden taraflar için davranış kuralı değildirler, aksine hâkim için davranış ve karar normlarıdır. Bkz. Leipold, **a.g.e.**, s. 68.

⁸⁹ Atalay, **a.g.e.**, s. 15; Prütting, **a.g.e.**, s. 22-23; Leipold, **a.g.e.**, s. 66.

⁹⁰ Leipold, **a.g.e.**, s. 66.

⁹¹ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 68.

⁹² Rosenberg, **a.g.e.**, s. 84.

Bir görüşe göre, ispat yükünün paylaşılması ancak bir yargılamada söz konusu olacağından ve ispat yükü sorunu sadece mahkemenin pasifliğinin söz konusu olduğu durumlarda (re'sen araştırma ilkesinin egemen olmadığı durumlarda) ortaya çıkacağından ispat yükü muhakeme hukukuna ait bir müessesedir⁹³.

Diğer bir görüşe göre ispat yükü kuralları maddi hukuk alanına girmektedir⁹⁴. Çünkü, taraflardan her birinin kendi iddiasını dayandırdığı hukuk normunun unsur vakıalarını ispat etmesi gerekir ve ispat edilmesi gereken vakıaları belirleyen maddi hukuk, bu vakıaların kimin lehine olduğuna dair de sonuç bağlamaktadır. Maddi hukukun o vakıaların kim tarafından ispat edilmesi gerektiğini belirliyor olmasından dolayı, ispat yükü kuralları maddi hukuk alanına girmektedir.

Üçüncü bir görüşe göre ise, belli bir hukuk normunun öge olayları-koşul vakıaları için ispat yükü sorunu, o belli hukuk normunun girdiği hukuk alanına ait olacağından ve hem maddi hukuk kuralları hem de muhakeme hukuku kuralları ispat yükü kurallarını oluşturacağından ispat yükü kuralları bazen maddi hukuka bazen de muhakeme hukukuna ait kurallar olabilmektedir⁹⁵.

Kanaatimizce, hukuk normunun koşul vakıaları için ispat yükü sorunu, o hukuk normunun girdiği hukuk alanına göre belirlenmelidir. Çünkü, ispat konusu koşul vakıayı ve bu vakıaya bağlanan hukuki sonucu maddi hukuk kuralları düzenleyebileceği gibi, bazı hallerde de muhakeme hukuku böyle bir düzenlemeyi yapabilir. İspat yükü kuralları maddi hukukta düzenlenseler bile, bu kuralların muhakeme hukukundan ayrı olduğu sonucu ortaya çıkmaz. Çünkü bu kuralların uygulanabilmesi için muhakemeye ihtiyaç vardır. Ancak bu kuralların

⁹³ Leipold, **a.g.e.**, s. 65-66; Otto August Daenzer, **Die Tatsaechliche Vermutung**, Berlin, J. Bensheimer, 1914, s. 127; Karafakih, **a.g.m.**, s. 9; Metin Tuluay, “**Delil Anlaşmaları**”, yayımlanmamış doktora tezi, İstanbul, t.y., s. 37 vd.

⁹⁴ Rosenberg, Schwab, Gottwald, **a.g.e.**, s. 650; Pekcamitez, Atalay, Özeker, **a.g.e.**, s. 669; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 310; Taşpınar, **a.g.e.**, s. 172.

⁹⁵ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 11; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 81; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 70; Topuz, **a.g.e.**, s. 48. Bir başka görüşün savunucusu olan Ansay'a göre, neyin ispat edilmesi gerektiği meselesi maddi hukuka ve kimin ispat etmesi gerektiği hususu da yargılama hukukuna aittir Ansay, **a.g.e.**, s. 247; aynı yönde bkz. Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 499-500. Hangi olayın ispatının gerektiği uygulanacak hukuk normu tarafından gösterildiği gibi kimin ispat edeceği de aynı normdan anlaşılır gerekçesiyle Umar, Yılmaz bu görüşe karşı çıkmaktadır. Bkz. Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 11.

uygulanmasının bir muhakeme sürecine ihtiyacı gerektirmesi ispat yükü kurallarının muhakeme hukukuna ait olmasını da gerektirmez. Nitekim maddi hukuk içerisinde yer alan kuralların uygulanmasında da bir muhakeme sürecine ihtiyaç vardır.

Uygulama açısından ispat yükü kurallarının hangi alana girdiği tartışmasının önemi hukuk kurallarının yer itibariyle uygulanması tartışmasında kendini gösterir. Milletlerarası özel hukuk açısından ele alındığında ispat yükü kurallarının usul hukukuna ait olduğu kabul edilirse lex fori ilkesi gereği hâkimin hukuku uygulanacakken, maddi hukuka ait olduğu kabul edilirse lex cause ilkesi gereği uyuşmazlığın esası hakkında hangi hukuk uygulanacaksa ispat yükü kurallarına yönelik de o hukuk kurallarının uygulanması icap edecektir⁹⁶.

Uygulama açısından ispat yükü kurallarının hangi hukuk alanına girdiği tartışmasının başka bir yönü ise, hukuk kurallarının zaman itibariyle uygulanmasında ortaya çıkar. Muhakeme hukuku kuralları yönünden derhal uygulanırlık ilkesi geçerli olduğundan, uyuşmazlık yargı önüne getirildiği tarihteki muhakeme hukuku kurallarına tabidir⁹⁷. Halbuki maddi hukuk açısından vakıanın doğduğu andaki hukuk kuralları uygulanacağından, muhakeme hukuku kurallarının aksine, yürürlüğe giren maddi hukuk kuralı geçmişe etkili olmaz⁹⁸.

İspat yükü kurallarının hangi hukuk alanına girdiği ispat yükü sözleşmelerinin yapılıp yapılamayacağı, yapılacaksa hangi şartlara tabi olacağı açısından da önemlidir. İspat yükü anlaşması yapılarak, ispat yükü üzerine düşmeyen tarafa ispat yükünün yüklenmesi veya ispat yükü üzerine düşen tarafın ispat yükünden kurtarılması mümkündür⁹⁹. İspat yükü sözleşmesinin geçerli olabilmesi

⁹⁶ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 84-85; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 11-12. İspat yükünün temelinde olaya uygulanacak maddi hukuk kuralı yattığından ve kural olarak maddi hukuka ilişkin hukuk kuralına göre bir vakıadan lehine hak çıkararak taraf ispat yükü altında olacağından, ispat yükü kuralları maddi hukukun uygulanacağı hukuka (lex causea)'ya tabi olacaktır kabulü için bkz. Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 66.

⁹⁷ Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 71. HMK m. 448: “*Bu Kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhâl uygulanır.*”

⁹⁸ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 12-13.

⁹⁹ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 87; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 38; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 14; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 672, Kuru, **Usul**, s. 1386; Taşpınar, **a.g.e.**, s. 172.

için, sözleşme konusu üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edebilmeleri, vakıaların belirlenmiş olması ve emredici kurallara aykırı olmaması gerekir¹⁰⁰. Bir sözleşmenin maddi hukuka mı yoksa muhakeme hukukuna mı ait olduğu sorusuna yanıt verilirken o sözleşmenin hangi hukuk alanında hukuki etkide (hukuki etki asli etki olmalıdır, yan etki işlemin mahiyetinin tahsisinde etkili olmaz) bulunacağını belirlemek gerekir¹⁰¹. İspat yükü sözleşmeleri de, maddi hukuk kuralının düzenlediği ispat yüküne etki ederek asli etkisini maddi hukuk alanında gösterebileceği gibi, muhakeme hukuku kuralının düzenlediği alanda da etkili olabilir.

4. İspat Yükü Kuralları Yargılamada Yer Değiştirir Mi?

İspat yüküyle ilgili diğer bir tartışma da ispat yükünün dava esnasında yer değiştirip değiştiremeyeceği noktasındadır. Doktrinde Postacıoğlu, dava sırasında tarafların delillerini ibraz ederken kendi ispatlarına yaklaştıkları ölçüde ispat yükünün karşı tarafa geçtiğini, ispat yükünün dava sırasında karşılıklı olarak mekik dokur gibi yer değiştirdiğini ve sonuçta iddiasını ispat edememiş tarafın ispat yükünü yerine getirmemiş sayılacağını kabul etmektedir¹⁰². Diğer görüş, ispat yükünün hukuk kuralları tarafından belirlendiğinden yargılamada ispat yükünün yer değiştirmesinin hukuk kurallarının değiştiği anlamına geleceğini, bundan dolayı da ispat yükünün sabit olduğunu, ispat yükünün yer değiştirmesini hukukun kabul edemeyeceğini (*extra legem*) ifade etmektedirler¹⁰³.

¹⁰⁰ Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 672; Taşpınar, **a.g.e.**, s. 178-179. İspat yükü sözleşmelerinin tarafların serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri bir alanda yapılabileceğini, boşanma davası gibi serbestçe tasarrufta bulunamayacakları bir yargılamada ispat yükü sözleşmesi düzenleyemeyeceklerini belirtmek gerekir. Bkz. Baumbach, Lauterbach, Albers, Hartmann, **a.g.e.**, s. 979. Ayrıca bu sözleşmelerin kanunun emredici hükümlerine ve kamu düzenine aykırı olmaması, medeni usûl hukukun ilkelerini ihlâl etmemesi de gerekir. Bkz. Abdurrahim Karşlı, **Medeni Muhakeme Hukukunda Usuli İşlemler**, İstanbul, Kudret Basım, 2001, s. 235-236; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 14

¹⁰¹ Karşlı, **a.g.e.**, s. 128, 237.

¹⁰² Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 539-540. Kuru da ispat yükü kendisine düşen taraf bir vakıayı ispat ettikten sonra ispat yükünün karşı tarafa geçeceği kanaatindedir Kuru, **a.g.e.**, s 1389.

¹⁰³ Musielak, **Beweislast**, s. 21-23; Edis, **a.g.e.**, s. 364; Atalay, **a.g.e.**, s. 15; Özkes, **FSEK**, s. 82. Taraflardan biri ispatı başarınca ispat yükü karşı tarafa geçer şeklindeki görüşü Umar, Yılmaz, bu durumda ispat yükü sorunu hiç ortaya çıkmadığından, taraf değiştiren delil ikame yükü olduğu gerekçesiyle eleştirmektedir. Bkz. Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 5.

İspat yükünün yer değiştirmesi açısından objektif ve subjektif ispat yüküne göre belirleme yapmak gerekmektedir. Yargılamada objektif ispat yükü kuralları sabittir ve bu kuralların hâkimin kararıyla yer değiştirmesi hukuk kurallarının değiştirilmesi anlamına gelmektedir. Bu bakımdan objektif ispat yükü kuralları yargılamada yer değiştirmez. Yer değiştiren subjektif ispat yükü yani delil ikame yüküdür. Objektif ispat yükü ile subjektif ispat yükü ayırımına Yargıtay’ın kararlarına baktığımızda dikkat edilmediğini ve Yargıtay’ın ispat yükünün yer değiştirmesine yönelik karar verdiğini görmekteyiz¹⁰⁴. Yargıtay’ın kararlarında ifade ettiği kanıt yükünün yer değiştirmesi, subjektif ispat yükü olan delil ikame yükünün yer değiştirmesidir.

D. DELİL İKAME YÜKÜ

Delil ikame yükü (*Beweisführungslast*), tarafın belli bir vakıa hakkında kendi iddiasının doğruluğuna veya hasmın iddiasının asılsızlığına dair karar verilmesini sağlamak amacıyla, çekişmeli vakıalar hakkında delil sunarak gerçekleştirdiği usuli bir faaliyettir¹⁰⁵. İspat yükü ile delil ikame yükü farklı kavramlardır. Hâkimin aleyhte kararıyla karşılaşmak tehlikesinin kimin üzerinde olduğuna dair kurallar ispat yükü kuralları iken, delil ikame yükü kuralları ispat işinin biçimini veya yöntemini düzenlemektedir¹⁰⁶. İspat yükünün hangi alana olduğu tartışmalı olmakla beraber, delil ikame yükünün muhakeme hukukuna ait olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁷. Yargılamada her ne kadar delil ikame yükü yer değiştirdiğinde gerekli deliller sunulmamışsa delil ikame yükü üzerinde olan taraf aleyhine karar verilebilecekse de,

¹⁰⁴ “... ispat yükünün yer değiştirdiği gözetilerek davalının delil listesinde yemin deliline de dayanmış olması nedeniyle” 15. HD, 28.2.2005, E.2004/3870 K. 2005/1074 (). “Medeni Yasa’nın 6. maddesi gereğince iddia sahibi iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür. Genel kural ve yasal düzenleme böyle olmakla birlikte; somut olayın özelliğine göre kanıt yükü yer değiştirebilir.” 4. HD, 13. 9. 2005, E. 2005/7367, 2005/9169 (kazancı).

¹⁰⁵ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s.672; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s.32; Atalay, **a.g.e.**, s. 16; Kummer, **Grundriss**, s. 124; Edis, **a.g.e.**, s. 364; Topuz, **a.g.e.**, s. 38; Öznumcu, **a.g.m.**, s. 45.

¹⁰⁶ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 32.

¹⁰⁷ Edis, **a.g.e.**, s. 364; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 673; Özekes, **FSEK**, s. 83. Umar, Yılmaz’a göre, delil ikamesine dair bazı kuralların maddi hukuk kanunlarında bulunması delil ikame yükü kurallarının muhakeme hukukuna ait olduğu gerçeğini değiştirmez, TMK m.7 bunlardan biridir. Bkz. Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 32.

deliller vakıayı ispatlamaya yetmemişse ispat yükü üzerinde olan taraf aleyhine karar verilebilecektir¹⁰⁸.

Subjektif ispat yükü-yani delil ikame yükü-, davanın başında belirlenebilir ve yargılamanın seyrinde de bu soru tekrar sorulabilir¹⁰⁹. Bir vakıa hakkında ispat yükünü üzerinde taşıyan taraf o vakıa için delil ikame yükünü de taşır; lakin her zaman böyle olmamaktadır¹¹⁰. Davanın başında objektif ispat yükü davada yer değiştirmezken, subjektif ispat yükü olan delil ikame yükü yargılamanın gidişatına ve hâkimin takdirine göre yer değiştirebilir¹¹¹. İspat yükü bir tarafta olmasına rağmen deliller elinde olmadığından veya delil göstermede yaşadığı zorluklardan dolayı delil gösterme yükü karşı tarafa geçebilir¹¹². İyiniyete kanunun sonuç bağladığı durumlarda (TMK m.3), kanunun lehine bağladığı sonuca dayanan taraf iyiniyetli oluşunu ispat etmesi gerekmezken (TMK m. 1023), bu kişinin iyiniyetli olmadığını iddia eden tarafın bu durumu ispat etmesi gerekir. İşte bu durumda iyiniyetli olmama halini ispat edecek tarafa delil ikame yükü düşmektedir¹¹³. Karşı ispat faaliyetinde de, karşı taraf iddia ve ispat yükünü taşımadan delil ikame yükünü taşıyarak bir ispat faaliyetine girişmektedir¹¹⁴.

Delil ikame yükü somut ve soyut delil ikame yükü olarak ayrılmaktadır. Soyut delil ikame yükü, objektif ispat yükü kurallarına göre dağıtılan, yargılamanın seyrine bağlı olmaksızın tarafın aleyhte bir kararla karşılaşmak tehlikesini bertaraf etmek amacıyla gerçekleştirilen yüküdür. Somut delil ikame yükü ise, yargılamada hâkimin somut vakıalar hakkında belli bir derecede bilgi sahibi olduğunda, delillerin durumuna göre tarafların delil ikame etmesiyle ilgilidir. Somut delil ikame yükü delillerin değerlendirilmesiyle ilgili bir kavramdır. Somut ve soyut delil ikame yükü

¹⁰⁸ Özkes, **FSEK**, s. 82.

¹⁰⁹ Musielak, **Beweislast**, s. 8.

¹¹⁰ Pekantez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 673; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 34.

¹¹¹ Özkes, **FSEK**, s.83; Edis, **a.g.e.**, s. 364.

¹¹² Özkes, **FSEK**, s. 82.

¹¹³ Pekantez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s.673; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 34.

¹¹⁴ Prütting, **a.g.e.**, s. 53-54.

davanın başında aynı taraftayken, davanın seyrine göre somut delil ikame yükü karşı tarafa geçebilir¹¹⁵.

Yukarıda bahsettiğimiz yüklerin davada belirlenme sırası ise şu şekilde olur. İddia yükü altında bulunan taraf iddiasını ileri sürdükten sonra, bu iddiasına göre vakıayı ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır. Daha sonra hâkim delil ikame yükünü kimin taşıdığına karar verir. Yapılan ispat faaliyeti neticesinde davada belirsizlik devam ederse, ispat yükü kurallarına göre karar verilir¹¹⁶.

E. İSPAT ÖLÇÜSÜ (İSPAT DERECELERİ)

İddia edilen vakıaların hâkim nezdinde kanıtlanmış sayılabilmeleri için kanunun öngördüğü kanaatin derecesine, yani vakıanın ispatının yeterliliğine dair beklenen düzeye, ispat ölçüsü (*Beweismass*)denir¹¹⁷. Kanun genel olarak tam ispatı gerekli görse de, bazı hallerde yaklaşık ispatın mümkün olabileceği yönünde düzenlemelere de yer vermiştir. Tam ispatta (*Vollbeweis*) iddia edilen vakıalara dair hâkimin tereddüte yer vermeyecek şekilde tam olarak ikna edilmiş olması gerekirken-kesinlik sınırındaki ihtimal derecesi (*an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit*)-, yaklaşık ispatta (*Glaubhaftmachung*) ise hâkimin tam olarak ikna edilmesi gerekmez, vakıaların doğruluğunun ihtimal dâhilinde ispatlanması yeterlidir-ağır basan ihtimal derecesi (*überwiegende Wahrscheinlichkeit*)¹¹⁸.

Davada tarafların ileri sürdüğü uyuşmazlıkla ilgili tüm delillerin incelenerek taraflar arasındaki çekişmeyi kesin hükümle sona erdirecek nitelikte yapılan yargılamada hakimin tam kanaate sahip olmasını sağlayacak ispat tam ispattır.

¹¹⁵ Somut ve soyut delil ikame yüküne dair bkz. Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 673-674; Prütting, **a.g.e.**, s. 8, 23 vd.; Atalay, **a.g.e.**, s. 18 vd.; Topuz, **a.g.e.**, s. 38; Özmumcu, **a.g.m.**, s. 47 vd.

¹¹⁶ Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 667.

¹¹⁷ Karşlı, **Medeni Muhakeme**, s. 562; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 677; Yıldırım, **a.g.e.**, s. 39; Musielak, **Beweislast**, s. 59. İspat edilmek istenen vakıanın ispat edilmiş olarak kabul edilebilmesi için bu vakıanın hangi yoğunlukta ispat edilmeli olduğunun belirlenmesi ispat ölçüsü iken, bu ispat ölçüsüyle hakimin vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediğini kabul etmesi delillerin değerlendirilmesidir. Bkz. Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 122.

¹¹⁸ Karşlı, **Medeni Muhakeme**, s. 562; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 680-681; Schellhammer, **a.g.e.**, s. 233; Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 9; Rosenberg, Schwab, Gottwald, **a.g.e.**, s. 623-624.

Yaklaşık ispat ise, niteliği itibariyle dava olmayan, mahkemeden istenen usuli taleplerin kabul edilmesi için incelenecek olan maddi şartların ispatında kullanılan, tüm delillerin incelenmesi gerekmeyen ve taraflar arasında subjektif hak ihlaline ilişkin çekişmeyi sonsuza kadar sona erdirecek bir karar verilmesini sağlamayan kararların verilmesinde, hâkimde oluşması yeterli sayılan ispat ölçüsüdür¹¹⁹.

Yaklaşık ispatın kabul edildiği durumlarda hakim tam kanaate sahip olsa bile kanun başta yaklaşık ispatı kabul ettiği için tam kanaat her zaman yaklaşık kanaat olarak değerlendirilecektir. Tam ispatta hâkimin kanaati tam olmasa bile tüm deliller incelendiğinden dolayı bu ispat tam ispat olacaktır. Bundan ötürü tam ispat ile yaklaşık ispatı ayıran kıstas sadece ispat ölçüsü değildir, yaklaşık ispatta her türlü delilin incelenmemesi nedeniyle oluşacak kanaatin her durumda yaklaşık olarak kabul edilmesi ve yaklaşık ispatın yalnızca dava olmayan birtakım usuli taleplerde kullanılmasıdır¹²⁰.

F. İSPAT GÜÇLÜĞÜ VE KOLAYLIKLARI

Maddi hukukun koşul vakıasının ispatı çok zor olduğu durumlarda- Örnek olarak tıp hukuku tazminat hukuku alanında kusurun varlığı ile ilgili- koşul vakıayı ispatlaması gereken taraf ispatlayamadığında davayı kaybetme riskiyle karşılaşmaktadır¹²¹. İspat güçlüğü (imkânsızlığı-zorluğu) ya öne sürülen vakıaların niteliğinden ya da bu vakıaların ispatına yarayan ispat araçlarının yokluğundan kaynaklanabilir¹²². İspat araçlarının yokluğu durumunda, karşı taraf ispat araçlarına

¹¹⁹ Albayrak, **a.g.e.**, s. 29-32. HMK m. 390/3'e göre: "*Tedbir talep eden taraf, dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır.*" İhtiyati tedbir talebinin haklılığına dair yaklaşık ispat yeterli görülmüştür. HMK m.38/6'nın ifadesi de "*Ret sebebi sabit olmasa bile, merci bunu muhtemel görürse, ret talebini kabul edebilir.*" Hakimin reddi sebebinin ispatında da yaklaşık ispat yeterlidir. Bazı doğrudan doğruya iflâs sebepleri (İİK m. 177), ihtiyati haciz (İİK m.258) yaklaşık ispata ilişkin diğer örneklerdir.

¹²⁰ Albayrak, **a.g.e.**, s. 29-32.

¹²¹ Albayrak, **a.g.e.**, s. 33.

¹²² Edis, **a.g.e.**, s. 370.

ulaşmak açısından daha iyi bir konumdaysa, elindeki delilleri mahkemeye ibraz etmek zorunda kalabilir¹²³.

İspat kolaylıkları esas hakka ilişkin uyuşmazlığın çözümlenmesinde ispat zorluğu yaşanması halinde, hâkimin kanaatinin oluşması için ispat ölçüsünün düşürülmesi veya delil ikame yükünün yer değiştirmesi yoluyla ispat zorluğunun aşılmasına yardım eden araçlardır¹²⁴.

İspat zorluğunu veya imkânsızlığı eşyanın doğasından kaynaklandığından, bu duruma ilk örnek menfi vakıaların ispatından verilebilir¹²⁵. İspat zorluğunun aşılması, menfi vakıaların ispatının sağlanabilmesi için birkaç yol önerilmiştir. Bu yollardan en radikalise ispat yükünün yer değiştirmesidir¹²⁶. Ancak ispat yükü kurallarını maddi hukuk belirlediğinden ispat kolaylığı için somut vakıanın niteliğine göre ispat yükü kurallarının yer değiştirilmesi hakim tarafından hukuk kuralının değiştirilmesi anlamını taşıyacaktır. O yüzden bu yol eleştirilmektedir¹²⁷.

İspat güçlüğü durumu ispat ölçüsünün düşürülmesi ve karşı tarafa delil ikame yükünün yüklenmesi yoluyla aşılabılır¹²⁸. Menfi vakıaların ispatının sağlanması ve ispat güçlüğüne aşılması için önerilen diğer bir yol ise ispat ölçüsünün düşürülmesidir¹²⁹. Eğer menfi vakıanın ispatının söz konusu olduğu durumlarda uygulanacak hukuk normunun amacından ve lafzından tam ispatın arandığı sonucu

¹²³ Edis, **a.g.e.**, s. 371. HMK m. 220'nin düzenlemesinden ispat yükü üzerine düşmeyen tarafın delil sunma zorunluluğundan bahsedebiliriz. 220/3'te de delili mahkemeye sunmayan tarafa uygulanacak yaptırım düzenlenmiştir. Burada ispat yükü karşı tarafa geçmiş olmaz. İspat zorluğu durumunda ispat kolaylığının sağlanması için delil ikame yükü karşı tarafa geçer.

¹²⁴ İspat kolaylığının sağlandığı durumlarda hakimde oluşması gereken ve oluşan kanaat de tam kanaattir, yaklaşık kanaat değildir. Nitekim ispat kolaylıkları ve yaklaşık ispat ayrı kavramlardır. Bkz. Albayrak, **a.g.e.**, s. 57.

¹²⁵ von Greyerz, **a.g.e.**, s. 39.

¹²⁶ von Greyerz, **a.g.e.**, s. 41.

¹²⁷ Atalay, **a.g.e.**, s. 134-137; Laumen, **a.g.m.**, s. 3743.

¹²⁸ Albayrak, **a.g.e.**, s. 34.

¹²⁹ von Greyerz, **a.g.e.**, s.50.

çıkarılamıyor ise ispat ölçüsünün düşürülmesinin mümkün olduğu sonucuna varılabilir¹³⁰.

Delillerin karartılması durumunda ispat kolaylığının sağlanması için delil ikame yükünün yer değiştirmesi mümkün olabilir¹³¹. Ancak bu durumda da objektif ispat yükünün yer değiştirmesinden söz edilemez.

İspatın zor olduğu bu durumlarda karşı tarafa da bazı yükler yüklenebilir. Karşı tarafa delil ikame yükünün yüklenmesi, ispat yükünü taşımayan tarafın kendisine yöneltilen sorulara karşı hareketsiz kalmasının emare teşkil etmesi, ispat yükünü taşımayan tarafın açıklama ödevi¹³², yine bu tarafa savunmasını somutlaştırma yükü yüklenmesi yoluyla ispat imkânsızlığı aşılmaya çalışılabilir¹³³. İlk görünüş ispatı, karineler, tecrübe kuralları da ispat kolaylığının sağlanması için kabul edilmiş müesseselerdir¹³⁴.

Karineyle ilgili ispat hukukuna ilişkin bazı temel kavramlara değindikten sonra, karineye ilişkin açıklamalarımıza geçebiliriz.

¹³⁰ von Greyerz, **a.g.e.**, s. 51; Atalay, **a.g.e.**, s. 138. İspat ölçüsünün düşürülmesinin ancak takdiri delillerle ispatın caiz olduğu hallerde mümkün olduğuna ve menfi vakıaların ispatında kural olarak kesin delille ispatın zorunlu olmadığı hallerin söz konusu olduğuna dair bkz. Atalay, **a.g.e.**, s. 45.

¹³¹ Laumen, **a.g.m.**, s. 3743 vd.

¹³² ZPO § 138.

¹³³ von Greyerz, **a.g.e.**, s. 50 vd; Atalay, **a.g.e.**, s.123 vd.

¹³⁴ Albayrak tüm ispat kolaylıkları kavramının temel unsurunun tecrübe kuralları olduğunu ve bu anlamda bir ispat kolaylığı türü olarak değil bunların bir temeli olarak incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Albayrak, **a.g.e.**, s. 48.

II. KARİNE KAVRAMI, GENEL OLARAK KARİNENİN TARİHÇESİ VE BAZI HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ YERİ

A. KARİNE KAVRAMI

Karine (*Vermutung, presumption*), gerek bizim hukukumuzda gerek Alman, İsviçre ve Fransız hukukunda, kavramsal olarak aydınlatılmamış, etkisi açısından da oldukça tartışmalı, tam bir netliğe kavuşturulamamış karışık bir kavramdır¹³⁵. Amerikan hukukunda da karinenin ispat yükü haricinde hukuk terimleri ailesinin en zor anlaşılan üyesi olduğu ifade edilmiştir¹³⁶. Karineye dair farklı yorumların birleştirilerek, sınırlarının tespiti tam olarak yapılmış bir karine kurumunun oluşturulmasının da pek mümkün olamayacağı Prütting tarafından ileri sürülmektedir¹³⁷.

Hukuki açıdan karine genel anlamda, bilinenden bilinmeyene dair sonuç çıkarma faaliyeti olarak tanımlanmaktadır¹³⁸. Karineler vasıtalı delillerle ispat edilen bir olayın ispat edilemeyen sonucu olarak da tanımlanmaktadır¹³⁹. Guggenbühl karinenin düzenlenme tekniğini *Wenn-Dann* prensibiyle açıklamaktadır¹⁴⁰. Bir vakıanın ispatlanmasıyla –*Wenn-*, başka bir vakıanın, hakkın varlığı tespit edilir- *Dann-*. Bu şekilde hakim dolaysız olarak belirli durum hakkında kararını vermektedir. Karinelere dair biraz daha ayrıntılı bir tanımlama ise karinelerin kanun maddesine dayanıp dayanmadıklarına göre yapabiliriz. Kanuni karineler

¹³⁵ Prütting, **a.g.e.**, s. 60; Leipold, **a.g.e.**, s. 76; Topuz, **a.g.e.**, s. 49. Rosenberg de karine kavramında olduğu kadar hiçbir durumda dil yozlaşmasının ve kavram kargaşasının olmadığını ifade etmektedir. Bkz. Rosenberg, **a.g.e.**, s. 199. Fransız hukukundaki karine kavramına dair bkz. Cengiz Koçhisarlıoğlu, “Karine ve Borçlar Kanununun 96. Maddesindeki Kusur Karinesi”, **Yargıtay Dergisi**, 1994/10, S. 3, s. 272.

¹³⁶ John W., Strong, **McCormick on Evidence**, fifth edition, St. Paul, Minn, West Group, 1999, s. 518.

¹³⁷ Prütting, **a.g.e.**, s. 60.

¹³⁸ Kummer, Art. 8, N. 317; Erich Gierk, **Die widerlegbaren Rechtsvermutungen im heutigen Recht**, Rostock, Rats-und Universitaets-Buchdruckerei Adlers Erben, 1927, s. 13; Edwin Rüegg, **Beitrag zur Lehre von der Vermutung im schweiz. Privatrecht**, Zürich, G. Büchi Buchdruckerei, 1947, s. 17; Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 375; Topuz, **a.g.e.**, s. 50; Muşul, **a.g.e.**, s. 325; Karslı, **Medeni Muhakeme**, s. 558; Başözen, **a.g.e.**, s. 65 vd; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 314; Postacioğlu, **a.g.e.**, s. 528; Edis, **a.g.e.**, s. 372.

¹³⁹ Pekcanitez, Atalay, Özeker, **a.g.e.**, s. 659.

¹⁴⁰ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 8; Topuz, **a.g.e.**, s. 60.

(*praesumption iuris tantum, gesetzliche Vermutung*) ispat konusu olan somut vakıa dışında varlığı belirsiz olmayan, bir yabancı unsur vakıadan hareket edilerek, uygulanacak normun koşul vakıasını karşılayabilecek vakıanın, hakkın, hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğu sonucunun kabul edilmesini sağlayan kanunda düzenlenmiş olan kurallardır¹⁴¹. Fiili karineler ise (*praesumption hominis, tatsaechliche Vermutung*), kanunda düzenlenmemiş olan, hakimde delillerin değerine veya tarafların ileri sürdüğü vakıaların doğruluğuna ilişkin, tecrübe kurallarına dayanarak kanaat uyandırmaya yarayan kurallar olarak tanımlanmaktadır¹⁴².

Karine “*bir şeyin yanında veya yakınında olmak, ona eşlik etmek, onunla bir arada bulunmak*” anlamındaki Arapça karn kökünden türemekte ve “*bu birliktelik sebebiyle bir başka şeye delalet eden durum, maksada işaret eden ipucu, alamet, emare*” manasına gelmektedir¹⁴³. Karine “*karişik bir iş veya sorunun anlaşılmasına, çözümlenmesine yarayan durum, ipucu ve belirti*”¹⁴⁴, “*uzak ya da gizli manaları gösteren belirti*”¹⁴⁵ olarak da tanımlanmaktadır. Karinenin başka bir tanımının da “*yargılamada iki farklı olay arasında akli çıkarsama yoluyla bağlantı veya sebebiyet*

¹⁴¹ Kummer, Art 8, N. 318; Atalay, **a.g.e.**, s. 46; Pekcanitez, Atalay, Özeker, **a.g.e.**, s. 658; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 165,167; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 199; Umar, **a.g.e.**, s. 588; Rügge, **a.g.e.**, s. 16; Plosz, **a.g.m.**, s. 15; Prütting, **a.g.e.**, s. 46; Topuz, **a.g.e.**, s. 55; Hanns Prütting, Markus Gehrlein, ZPO Kommentar, 4. Auflage, Köln, Luchterhand, s. 852; Blomeyer, **a.g.e.**, s. 354; Max Goldmann, **Über den Unterschied zwischen der Vermutung einer Tatsache und der Vermutung eines Rechtsverhältnisses**, Schweidnitz, Buchdruckerei L. Heege, 1913, s.1.

¹⁴² Pekcanitez, Atalay, Özeker, **a.g.e.**, s. 659-660; Atalay, **a.g.m.**, s. 14; Edis, **a.g.e.**, s. 372-373; Siegrist, **a.g.e.**, s. 207; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 526; M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 19. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 305; Heribert M. Anzinger, **Anscheinbeweis und tatsaechliche Vermutung im Ertragsteuerrecht**, C.H.Beck, 2005, Darmstadt, s. 134; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 16-17; Topuz, **a.g.e.**, s. 56; Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 15; Stein, Jonas, **a.g.e.**, s. 790; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 166; Gottfried Baumgaertel, “Die Bedeutung der sog. ‘tatsaechlichen Vermutung’ im Zivilprozess-eine Analyse der Rechtsprechung”, **Festschrift für Karl Heinz Schwab**, München, 1992, s. 43.

¹⁴³ İbn Abidin karineyi “duruma katiyet kazandıran şey” (Reddü’l Muhtar, V, 354), Mustafa Ahmed ez-Zerka da “gizli bir durumla bir arada bulunup ona delalet eden her açık emare” (el-Medhal) şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. Yaylalı, **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi**, C. 24, İstanbul, y.y., s. 492. Bkz. Fatma Tülay Karakaş, “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, **AÜHFD**, 62(3), 2013, s. 731.

¹⁴⁴ (Çevrimiçi) www.tdk.gov.tr. Aynı yönde bkz. Fethi Devellioğlu, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat**, 12. Baskı, Aydın Kitabevi Yayınları, Ankara, 1995, s. 491. Bir durumun anlaşılmasına yardım eden hal, belirti olarak da tanımlanabilen karine kavramının, karine ile anlamak şeklinde kullanılan deyim sözün gelişinden anlamak anlamına gelmektedir **Büyük Lügat ve Ansiklopedi**, C.7, Meydan Yayınevi, 1972, İstanbul, Karine maddesi.

¹⁴⁵ Ömer Sevinçgül, **Lügat**, Zafer yayınları, İstanbul, 2003, s. 172.

ilişkisi kurularak elde edilen ve bilinmeyen bir durumun ispatına yarayan delil' şeklinde yapıldığını görmekteyiz¹⁴⁶. Karinenin çoğulu ise Arapça'da “*el-Karain*”dir¹⁴⁷.

Karine kavramını Almanca'da karşılayan *Vermutung* (sanı, farz) kelimesi *vermuten* fiilinden (zan ve tahmin etmek, farz etmek) türemektedir¹⁴⁸. *Vermutung* kelimesi günlük hayatta olasılık, tahmin anlamlarında kullanılmaktadır. Her ne kadar, *Vermutung* kelimesi ispat hukuku açısından olasılık ve tahmin anlamı, kanuni düzenlemenin temelinde etkili olsa da, teknik manada bu anlamların ötesinde mantıklı bir çıkarım neticesindeki hakikat kabulünü ifade etmektedir¹⁴⁹. Günlük hayattaki anlamı ile hukuk tekniği bakımından anlamının farklı olması *vermutung* kavramının çift anlam barındırdığını göstermektedir¹⁵⁰.

Karine ve *Vermutung* kelimeleri her ne kadar kavramsal olarak eşdeğer kullanılsa da, bu kavramların anlamsal farklılığı kanuni düzenlemelerde kullanım açısından farklılık oluşturabilmektedir. Türkçe'de kullandığımız karine kelimesi, sözcük anlamı olarak kendisinden hareketle sonuç çıkarılan olguyu ifade ederken, Alman ve İsviçre hukukunda *Vermutung* kelimesi ulaşılan sonucu göstermektedir. Hukukumuz açısından sözcük anlamıyla karine bir kimsenin ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolması iken, İsviçre ve Alman hukukunda kişinin ölmüş sayılmasıdır. Sözcük anlamındaki bu farklılıktan dolayı kanun metinlerinin Almanca ifadelerinde karine kelimesinin kullanılmasına rağmen,

¹⁴⁶ Karine gibi mantıklı çıkarıma dayanmakla birlikte firaset gizli durumları bilmek iken karine duyu organlarıyla algılanan açık durumları bilmektir. Kıyafe de nesebe testinde fakihlerin çoğunluğunun yardımcı delil olarak gördüğü, kişilerin fiziki yapı ve özelliklerinden hareketle nesebe dair bazı sonuçlara vardığından karinenin özel bir çeşidi olarak da İslam hukukunda kabul edilmektedir. Bkz. Yaylalı, **a.g.e.**, s. 492.

¹⁴⁷ Karain: Karineler, uzak ve gizli manaları gösteren belirtiler. Bkz. Sevinçgül, **a.g.e.**, s. 171. Çoğul halin akran olduğuna dair bkz. Karakaş, **a.g.m.**, s. 731.

¹⁴⁸ Steuerwald, **a.g.e.**, s. 595.

¹⁴⁹ Leipold, **a.g.e.**, s. 84.

¹⁵⁰ Leipold, **a.g.e.**, s. 84.

maddelerin Türkçe tercümelerinde karine kelimesinin her zaman uygun şekilde kullanılması mümkün olamamaktadır¹⁵¹.

B. ROMA MEDENİ MUHAKEME HUKUKUNDA KARİNE

Latince’de *praesumo/praesumere* fiili, “önceden almak, önceden tahmin etmek, sezinlemek, geleceği görmek; olmuş gibi kabul etmek; muhakkak addetmek” anlamlarına gelmektedir¹⁵². Karineyi Roma hukukunda bu fiilden türemiş olan *praesumption* kelimesi karşılamaktadır¹⁵³. Karine kavramı eski Roma hukuku döneminde bilinmemekteydi¹⁵⁴. Bu kavram ilk olarak Justinianus’un hazırlamış olduğu *Corpus Iuris Civilis*’de kullanılmıştır¹⁵⁵. *Corpus Iuris Civilis*’te yer alan *praesumption* kavramı *praesumptio iuris*’i yani hak karinelerini karşılamaktaydı¹⁵⁶. Karineler klasik Roma Hukukunun önemli bir parçası olarak kabul edilmektedir¹⁵⁷. Bu karinelerin ispat yükü kuralı oldukları kabul edilmekteydi¹⁵⁸. Roma hukukunda fiili karineler bilinmemekle beraber, karineler aslında emare ispatının uygulama alanını teşkil etmekteydi¹⁵⁹.

Kilise hukukunun ispat hukukunda etkili olmasıyla birlikte oluşan *Corpus Iuris Canonici* Justinianus’un ispat hukukunu kabul etmemiştir¹⁶⁰. Kilise hukukunda başlangıçta var olan delillerin serbestçe değerlendirilme ilkesi yerini *Legaltheorie*’ye-kanuni ispat kurallarına bırakmıştır¹⁶¹. Hakimin subjektifliği endişesiyle Klasik Roma Hukukundaki delillerin serbestçe değerlendirilmesi

¹⁵¹ Bu farklılığa ilişkin bkz. Karakaş, **a.g.m.**, s. 732. Karakaş’ın ifade ettiği gibi yeni Borçlar Kanununda karine kelimesi hiç geçmemektedir. TBK m. 17/1’in karine olduğu İsviçre Borçlar Kanunundaki madde metninden anlaşılabilir. Bkz. Karakaş, **a.g.m.**, s. 733.

¹⁵² Sina Kabağağaç, Erdal Alova, **Latince/Türkçe Sözlük**, İstanbul, Sosyal Yayınlar, 1995, s. 469.

¹⁵³ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 3.

¹⁵⁴ Gierk, **a.g.e.**, s. 9; Justus Wilhelm, Hedemann, **Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reiches**, Jena, Verlag von Gustav Fischer, s. 5.

¹⁵⁵ Uwe Allner, **Die tatsächliche Vermutung mit besonderer Berücksichtigung der GEMA-Vermutung**, Pfaffenweiler, Centaurus-Verl.- Ges., 1993, s. 3; Gierk, **a.g.e.**, s. 9; Topuz, **a.g.e.**, s. 50.

¹⁵⁶ Allner, **a.g.e.**, s. 3; Topuz, **a.g.e.**, s. 51.

¹⁵⁷ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 3.

¹⁵⁸ Allner, **a.g.e.**, s. 3; Topuz, **a.g.e.**, s. 50.

¹⁵⁹ Allner, **a.g.e.**, s. 4; Topuz, **a.g.e.**, s. 51.

¹⁶⁰ Allner, **a.g.e.**, s. 4.

¹⁶¹ Allner, **a.g.e.**, s. 4; Topuz, **a.g.e.**, s. 52; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 5.

ilkisinin yerini kanuni ispat kurallarının alması 18. Yüzyıla kadar etkisini göstermiştir¹⁶². Medeni ve Ceza yargılamasında kullanılan *Legaltheorie*, her bir delilin kanunda belli delil değerine bağlı olduğunu, hakimin delilleri değerlendirirken söz konusu takdir yetkisini nazara almadan, kanunda belirlenmiş ölçüdeki kanaati ispat için yeterli gören bir teoriydi¹⁶³. *Legalteori* kapsamında iki tanığın birbirini tutan ifadeleri ile bir vakıanın ispatı sağlanabiliyordu ve tanık mevcut değilse diğer ispat vasıtalarından yararlanılmaktaydı¹⁶⁴. Bu durumda *Legaltheroie*'nin amacını yerine getirmek için, karineler önem kazanmış ve kullanılmıştır¹⁶⁵.

Karinelerin, *praesumptiones hominis* ve *praesumptiones iuris* ayrımının ardından, *praesumptiones iuris*'in de, *praesumptiones iuris et de iure* ve *praesumptiones iuris tantum* olarak ayrıldığını görmekteyiz¹⁶⁶. *Praesumptiones hominis* fiili karineleri karşılamaktadır¹⁶⁷ ve hakimin serbestçe, bilinen bir olaydan muhtemel olan bir olayın mevcudiyetine varmasıdır¹⁶⁸. *Praesumptiones iuris tantum* aksi ispat edilebilen kanuni karineleri karşılayan, kanun tarafından kabul edilen ve postklasik dönemde ortaya çıkmış, *Iustinianus* hukukuna intikal etmiş olan karinelerdi¹⁶⁹. Kesin kanuni karineleri karşılayan *Praesumptiones iuris et de iure* ise,

¹⁶² Yıldırım, **a.g.e.**, s. 8.

¹⁶³ Allner, **a.g.e.**, s. 4; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 5; Topuz, **a.g.e.**, s. 52. Delil sayısal değerdedi, aritmetik olarak örnek: ½ değerdeki yemin ve karine toplamı bir tam delil sayılmaktaydı. Bkz. Yıldırım, **a.g.e.**, s. 8.

¹⁶⁴ Hedemann, **a.g.e.**, s. 71 vd.; Allner, **a.g.e.**, s. 5; Topuz, **a.g.e.**, s. 52.

¹⁶⁵ Hedemann, **a.g.e.**, s. 71 vd.; Allner, **a.g.e.**, s. 5; Topuz, **a.g.e.**, s. 52.

¹⁶⁶ Meral Sungurtekin Özkan, Gökçe Türkoğlu Özdemir, **Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları**, Ankara, Seçkin yayıncılık, 2008, s. 126 vd.; Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. bs., İstanbul, Beta, 2010, s. 284; Topuz, **a.g.e.**, s. 51, 93. dn. Roma hukukunda karinelerin bu ayrımını Legal teorinin savunucularında Menochius yapmıştır ve hakimlere kanunda düzenlenmemiş olan fiili karineleri uygulama yetkisi vermiştir. Bundan dolayı da Menochius fiili karinelerin babası olarak kabul edilmektedir. Bkz. Allner, **a.g.e.**, s. 7. Gierk, Roma hukukunda karinelerin *praesumptiones juris et de iure*, *praesumptiones iuris* ve *praesumptiones facti* olarak ayrımına tabi tutulduğunu ifade etmektedir. *Praesumptiones juris et de iure* aksi ispat edilemeyen karinelerken, *praesumptiones iuris* lehine olan tarafa ispat yükünü kolaylaştırıcı etki tanımaktadır. *Praesumptiones facti* ise kanuni ve sadece bilimsel anlamda düzenlenen, olasılığın önemli derecesine yer veren ve herhangi bir vakıadan oluşturulan farklı türlerdeki emarelerden çıkarılan sonuçlardır. Bkz. Gierk, **a.g.e.**, s. 12.

¹⁶⁷ Özkan Sungurtekin, Türkoğlu Özdemir, **a.g.e.**, s. 127-129

¹⁶⁸ Allner, **a.g.e.**, s. 7-8; Umur, **a.g.e.**, s. 284.

¹⁶⁹ Umur, **a.g.e.**, s. 284.

kanuni karine olarak kabul edilmekte ve kesinlik taşımakta, yargıcı bağlamakta, aksine delil de ileri sürülememektedir¹⁷⁰.

Alman hukukunun tarihine bakıldığında karine kavramının bilinmediği görülmektedir¹⁷¹. İspat vasıtası olarak yemin delili kullanılmaktaydı ve hakim *Laienvermutung*'a göre uygun gördüğü tarafa yemin teklif etmekteydi¹⁷². Alman hukukunda o zamanlar kullanılan Laienvermutung ise, örf ve adet hukukunun etkisiyle hakimin kendi yaşam deneyimlerine göre yaptığı belirlemelerden başkası değildi¹⁷³.

C. İSLAM MUHAKEME HUKUKUNDA VE MECELLEDE KARİNE

İslam muhakeme hukukunda karineler ispat vasıtalarından kabul edilmektedir¹⁷⁴. Gerek özel hukukla ilgili konularda gerek ceza davalarında karinelere dayanarak birçok hüküm verilmiştir¹⁷⁵. Karinenin yargılamada ispata elverişli olabilmesi için hükme delaletinin açık, kesin veya kesine yakın olması gerekmektedir¹⁷⁶.

Kaynağı bakımından karineler nassi karineler, içtihadi karineler ve kazai karineler olarak ayrılmaktadır. Bu karinelere nassi karineler, belli bir olaya delil olarak Kur'an-ı Kerim'de, sünnette açıklanan karinelerdir¹⁷⁷. Yusuf Suresinin 26. Ayetinde “*Eğer Yusuf'un gömleği önden yırtılmışsa kadın doğrudur. O yalancılardandır. O'nun gömleği arkadan yırtılmışsa kadın yalancıdır o*

¹⁷⁰ Özkan Sungurtekin, Türkoğlu Özdemir, **a.g.e.**, s. 127.

¹⁷¹ Hedemann, **a.g.e.**, s. 44; Allner, **a.g.e.**, s. 4; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 5; Gierk, **a.g.e.**, s. 10.

¹⁷² Hedemann, **a.g.e.**, s. 46; Gierk, **a.g.e.**, s. 10; Topuz, **a.g.e.**, s. 52.

¹⁷³ Allner, **a.g.e.**, s. 4; Gierk, **a.g.e.**, s. 10; Topuz, **a.g.e.**, s. 52.

¹⁷⁴ İslam hukukçularından bazıları karinelerin delil olarak kullanılamayacağını ifade ederken bazı hukukçular da karinelerin delil olarak kullanılabilirliğini ileri sürmektedir. Karinelerin delil olarak kullanılabilirliğini ileri süren hukukçular nassi karineleri örnek olarak göstermektedir. Bkz. Yusuf Şen, **İslam Muhakeme Hukukunda Bir İspat Vasıtası Olarak Karine**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 1997, s. 43, 71; Davut Yaylalı, “İslam Hukukunda Karine”, **İslami Araştırmalar**, C.II, S. 6, Ocak, 1988, s. 55.

¹⁷⁵ Yaylalı, **a.g.m.**, s. 56.

¹⁷⁶ Yaylalı, **Diyanet**, s. 493.

¹⁷⁷ Şen, **a.g.e.**, s. 43.

doğrularındandır.” Hükümü yer almaktadır. Bu ayette Allah gömleğin arkadan yırtılmasını Hz.Yusuf’un doğruluğunu gösteren nassi bir karine olarak düzenlemiştir¹⁷⁸. Bakara Suresinin 2. ayetinde, “*Onları (fakirleri) simalarından (yüzlerinden) tanırsın. Yüzsüzlük edip insanlardan istemezler.*” ifadesiyle fakirlik, tevazu, huşu gibi işaretlerden onların üzerinde zahir olan hallerin tanınacağı ifade edilmiş ve bir nassi karine düzenlenmiştir.

Peygamber Efendimiz Hz. Muhammed bir hadisi şerifinde “*Şu dört özellik kimde bulunursa o tam bir münafık olur. Kendisine bir şey emanet edilince hıyanet eder, konuştuğunda yalan söyler, söz verdiğinde cayar, husumet sırasında haktan sapar*”¹⁷⁹ (Buhari, İman, 24) buyurmuştur. Bu hadiste münafıkta bulunan dört durumun münafıklığa delalet eden nassi karineler olduğunu ifade etmiştir¹⁸⁰. Peygamberimiz “*İslam’da bir kimse için nikahı altında olmayan bir kadının doğurduğu çocuğun kendisine ait olduğunu iddia etme hakkı yoktur. Çocuk yatak sahibinindir. Zina eden ise doğan çocuk üzerinde her türlü haktan mahrum olur*”¹⁸¹ (Ebu Davud, Talak, 33-34) ifadelerinde bulunarak, babalığa ilişkin nassi bir karine düzenlemiştir.

İçtihadi karineler de İslam hukukçularının karşılaştıkları meselelerde ortaya çıkarmış oldukları karinelerdir¹⁸². Bu karinelere örnek olarak, kocası olmayan kadının, zorlama durumu olmadan hamile kalmasının kadının zina yaptığını göstermesi verilebilir¹⁸³.

Kazai karineler de hakimlerin kendilerine gelen karışık dava ve olaylardan çıkardıkları karinelerdir¹⁸⁴. Kazai karinelere örnek olarak da şu olay verilmektedir: Bir zaman iki kadın çocuklarını yanlarına alarak kıra çıkarlar ve bir kurt çocuklardan birini götürür. Kadınlar arasında münakaşa çıkar ve biri diğerine kurt senin çocuğunu

¹⁷⁸ Şen, **a.g.e.**, s. 44.

¹⁷⁹ Komisyon, **Hadislerle İslam**, C.I, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2013, s. 621.

¹⁸⁰ Şen, **a.g.e.**, s. 44.

¹⁸¹ Komisyon, **a.g.e.**, C.5, s. 377.

¹⁸² Şen, **a.g.e.**, s. 45.

¹⁸³ Şen, **a.g.e.**, s. 45.

¹⁸⁴ Terhûni, **a.g.e.**, s. 125 (naklen Şen, **a.g.e.**, s. 45).

götürdü der, diğeri de karşı çıkar. Uyuşmazlığın çözümü için Hz. Davud'a giderler. Davud çocuğun büyük kadına ait olduğunu hükmeder. Hükümün ardından Hz. Davud'un babası Hz. Süleyman'ın yanına giderler. Hz. Süleyman ise “*Bana bıçak getirin çocuğu ikinizin arasında paylaştırayım*” der. Bunun üzerine küçük kadın : “*Allah sana merhamet versin; çocuk o kadının oğludur onu kesme*” diye karşılık verir. Bunun üzerine Hz. Süleyman çocuğun küçük kadına ait olduğuna hükmeder.

Bu olayda her iki peygamber karinelere dayanarak karar vermiştir. Hz. Davud kadının yaşça büyük olması ve çocuğun onun yanında olmasından dolayı çocuğun annesinin büyük kadın olduğuna karar verirken, Hz. Süleyman da annenin şefkatini karine olarak kullanarak bıçak istemiş ve şefkatini derhal gördüğü küçük kadının anne olduğuna hükmetmiştir¹⁸⁵.

İspat kuvvetine göre karineler de kesin bilgi ifade etmesi yönünden delaleti kuvvetli karineler-kat'i karineler, delaleti kati olmayan zanni karineler, zayıf karineler olarak da ayrılmaktadır¹⁸⁶. Mecelle m. 1740'da “*Esbab-ı hükümden (hüküm mesnedlerinden) birisi dahi karine-i katidir*” denmekte ve m. 1741'de “*Karine-i katia, hadd-i yakine baliğ olan emaredir.*” ifadesi yer almaktadır¹⁸⁷. Karine-i katıya örnek olarak m. 1741'in devamında şu durum verilmektedir. “*Mesela bir kimse elinde kana bulaşmış bıçak olduğu halde havf ve telaş ile bir hali haneden çıktığı gibi derakab o haneye girilip de henüz boğazlanmış bir şahıs görülse ol ki mesne bu şahsın katili olduğuna iştibah olunmaz. Şayet ki ol şahıs kendisini öldürmüş olmak gibi sırf ihtimalat-ı vehmiyyeye iltifat kılınmaz.*” Yani birinin elinde kanlı bir bıçakla bir evden çıktığı sırada, o evde henüz öldürülmüş biri görüldüğünde evden çıkan kimsenin ölenin katili olduğuna hükmedilmesi karine-i katıya örnek olarak gösterilmektedir. Karineye dayanılarak hüküm verilemeyeceğini savunan hukukçular ise, karinede şahsa kısasın uygulanamayacağını, ölü şahsın içeri giren kimseyi öldürmek isteyip de evden çıkan şahsın da onu öldürerek kendini müdafaa ettiğini ve bundan dolayı ölümün gerçekleşmesinin söz konusu olabileceğini ifade etmektedir.

¹⁸⁵ Şen, **a.g.e.**, s. 46; Yaylalı, **a.g.m.**, s. 56.

¹⁸⁶ Şen, **a.g.e.**, s. 48; Yaylalı, **a.g.m.**, s. 55.

¹⁸⁷ Kesin karinenin tanımı yapılırken emare kavramı kullanılmakta ve kesin karinenin kesin bilgi sınırına yaklaşmış emare olduğu ifade edilmektedir.

Zira Hz. Ali zamanında böyle bir hadise gerçekleşmiştir. Nihayetinde böyle bir durumda zahire göre değil de tahkikatın ardından hüküm verilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁸⁸.

Mecellede karineleri kapsayan kavram beyyineydi ve beyyine yargıcı iddiaya inandıran kesin kanaat veren herhangi bir vasıtayı ifade etmekteydi¹⁸⁹. Karine katia ise tek başına nihai bir delil ve hüküm için yeterli bir sebebi¹⁹⁰. Karinei katianın delillerin bütün olarak değerlendirilerek, açıkça ispat edilmemiş kısımların ispat edilmişler sayesinde ispatlanmış sayılması olduğu ifade edilmiştir¹⁹¹.

Delaleti kati olmayan zanni karinelerin ise daha kuvvetli bir delil ile ispat olunabilecek emareler olduğu belirtilmektedir¹⁹². Zayıf karineler ise hükme esas alınmamaktadır¹⁹³.

İslam hukukçuları genel olarak karineyi emare ile eş anlamlı kullanmaktayken, bazı hukukçular karineyi alamet yerine kullanmışlardır¹⁹⁴. Alamet, emare ve delaletten her biri karinenin maddi unsurunu teşkil edip karinenin bir kademesi sayılmakta ise de, karinenin ispat gücü bunlardan daha fazladır¹⁹⁵. Karineler emarelerden daha kapsamlıdır ve karinelerde olduğu gibi emarelerde gizli

¹⁸⁸ Yaylalı, **a.g.m.**, s. 55

¹⁸⁹ Mustafa Reşit Belgesay, **Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1947, s. 45.

¹⁹⁰ Yaylalı, **a.g.m.**, s. 55.

¹⁹¹ Yavuz Alangoya, **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979, s. 27, dn. 234. Belgesay'a göre, hakimin delilleri serbestçe takdir yetkisini kaldırma zihniyetiyle hazırlanan Mecelle, haddi yakına baliğ olan emareyi karinei katia olarak kabul etmiş ve hakime bu durumda delilleri takdir yetkisi vermemiştir. Bkz. Mustafa Reşit Belgesay, **Kanuni ve Takdiri Deliller ve Temyiz Mahkemesinin Delilleri Tetkiki**, Ankara, Ankara Hapisane Matbaası, 1938, s. 4.

¹⁹² Yaylalı, **a.g.m.**, s. 55.

¹⁹³ Yaylalı, **Diyanet**, s. 493.

¹⁹⁴ Şen'e göre, alamet ve emare farklı kavramlardır. Emare ortaya çıkmakla beraber işaret ettiği durum ortaya çıkmayabilirken (bulutların bulunmasıyla yağmur yağmayabilirken), alamet ise emareden daha kuvvetlidir ve alamet bulunmasıyla işaret ettiği durum ortaya çıkar. Bkz. Şen, **a.g.e.**, s. 37. Evlenme konusunda kızın susması evlenmeyi kabul ettiğine dair alamet sayılmakta, ev eşyasının kime ait olduğu konusunda bir davada karine kadınların kullanması için yapılmış maddeler için kadın lehine erkeklerin kullanması için yapılmış maddelerde erkek lehine karine mevcuttur. Hasımın yeminden kaçınması onun haksız, karşı tarafın haklı olduğuna emare teşkil eder. Buluntu mal üzerinde mülkiyet iddia eden kimselerin malı tarif edebilmeleri iddialarının delili sayılır. Karine ve emarelere dair diğer örnekler için bkz. Yaylalı, **a.g.m.**, s. 55 vd.; Yaylalı, **Diyanet**, s. 493.

¹⁹⁵ Yaylalı, **Diyanet**, s. 492.

karışık olay ve olgu yoktur¹⁹⁶. Ayrıca emarelerle ispat zann yoluyla olmakta iken karinelerde ilm-i yakın (kesin bilgi) derecesine kadar çıkmaktadır¹⁹⁷.

D. ANGLO-AMERİKAN MUHAKEME HUKUKUNDA KARİNE

Karine kavramını İngilizce’de farzetmek, sanmak, zannetmek anlamlarına gelen *presume* fiilinden türeyen *presumption* kelimesi karşılamaktadır¹⁹⁸. *Presumption* bir olayın varlığından başka bir olayın varlığına dair çıkarılan sonuç olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁹. Anglo-Amerikan hukukunda karinelerin, *Presumption of Law* ve *Presumption of Fact* ayrımının ardından *Presumption of Law*’un da *Conclusive Presumption* ve *Disputable Presumption* ayrımına tabi tutulduğunu görmekteyiz²⁰⁰.

Kanuni karine olarak tercüme edebileceğimiz *Presumption of Law*, hukuk kurallarını temel alır ve doğa kanunlarına, insan ilişkilerinin ve davranışlarının deneyimsel seyrine göre belli hususlar arasındaki bağlantı olarak açıklanabilmektedir²⁰¹. *Presumption of Law* bir hukuk kuralı olduğundan mahkemeyi ve jüriyi bağlamaktadır²⁰².

¹⁹⁶ Şen, **a.g.e.**, s. 39.

¹⁹⁷ Şen, **a.g.e.**, s. 39.

¹⁹⁸ *Presumption*: Karine; ispat olunmuş bir husustan istihrac olunan maddi veya hukuki netice. Bkz. Mustafa Ovacık, **İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü**, 3. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2000, s. 252.

¹⁹⁹ Burr, **a.g.e.**, s. 10.

²⁰⁰ James, P. Gorter, **Law of Evidence**, Baltimore, Hepbron and Haydon, 1924, s. 23. Bu ayrıma ek olarak mixed presumptions-karma karineler ayrımının yapıldığı da görülmektedir. Bkz. Burr, **a.g.e.**, s. 11.

²⁰¹ Gorter, **a.g.e.**, s. 23; Burr, **a.g.e.**, s. 14.

²⁰² Gorter, **a.g.e.**, s. 29; Burr, **a.g.e.**, s. 14. Bu karineler bazı aşamalardan geçer. İlk aşamada sadece bir çıkarımdır-inference. Örnek olarak, ölüm karinesinde basit bir çıkarım olarak ölüm söz konusudur. İkinci aşamada jüri ölüm sonucunun söz konusu olabileceğine –might well be drawn- ikna edilmiştir. Üçüncü aşamada böyle bir çıkarımın yapılmalı olduğu-ought to be-kabul ettirilir. Son aşamada, böyle bir çıkarımın mutlaka yapılması gerektiğini –must be drawn- jüri kabul eder. Sonuç olarak basit bir çıkarım veya presumption of fact, prima facie hukuk kuralı seviyesine yükselir Gorter, **a.g.e.**, s. 29.

Conclusive Presumption kesin kanuni karineyi karşılamaktadır²⁰³ ve *conclusive presumption* ile ispat edilen husus başka bir delille ortadan kaldırılamamaktadır²⁰⁴. *Disputable Presumption* aksi ispat edilebilen karinelere karşılık gelmektedir²⁰⁵. Delil ikame yükünü karşı tarafa geçiren ve aksi yönde ispat faaliyetinde bulunulmadığında jüriyi bağlayan karine çeşididir²⁰⁶.

Presumption of Fact (naturel presumptions) fiili karineleri ifade etmektedir²⁰⁷. *Presumption of Fact*, ispat faaliyetini yerine getirirken hukuk kurallarından bağımsız olarak, kendi doğal etkilerine, somut olayın şartlarına göre çıkarılan ortak deneyime, kişinin bilgisine, duygularına göre oluşturulan karinelere²⁰⁸. Bu karinelere örnek olarak Hz. Süleyman'ın (Solomon) çocuğun annesini bulmaya dair verdiği karar örnek olarak gösterilmektedir²⁰⁹. *Presumption of Fact* (fiili karineler)'in circumstantial evidence (emare ispatı) ile karıştırıldığı, her ikisinin farklı kavramlar olduğu, circumstantial evidence'in olaydan çıkarılan sonuç olmakla birlikte bir karine olmadığı ifade edilmektedir²¹⁰.

Presumption, karine temeline karşılık gelen temel olay-*basic fact*- ve bu temel olaydan çıkarılan varsayılan olay-*presumed fact*- olarak iki kısma ayrılmaktadır²¹¹. Karine lehine olan taraf temel olayın ispatıyla delil ikame yükünü

²⁰³ Conclusive Presumption: Kat'i karine; kanunen aksinin ispatına cevaz olmayan karine Ovacık, **a.g.e.**, s. 80.

²⁰⁴ Burr, **a.g.e.**, s. 14. Bu karinelere dair şu örnekler verilebilir:

Kanun tarafından düzenlenen karinelere örnek olarak, zamanaşımı, üç yıl hatırlanmayan borcun kesin olarak ödenmiş kabul edilmesi verilmektedir.

Doğal sonuçlar: Tasarlayarak öldürücü silah kullanımından cinayet işleme niyetinin anlaşılması
7 yaşından küçük çocuğun cinayet işleyememesi.

14 yaşından küçük erkeğin tecavüz edememesi Gorter, **a.g.e.**, s. 23-24.

²⁰⁵ Disputable Presumption: Aksi ispat olunabilen hukuki karine. Bkz. Ovacık, **a.g.e.**, s. 117.

²⁰⁶ Gorter, **a.g.e.**, s. 24. Bu tür karinelere örnek olarak:

Zilyetlik mülkiyete dair prima facie kanıttır. Poliçenin (Bill of exchange) keşidecide veya senedin düzenleyende bulunması ödemenin yapıldığına karinedir. Posta pulu mektubun postanede bulunduğu zaman ve yeri belirleyen prima facie bir delildir. Gönderilen mailin ulaştığı varsayılır. 7 yıl gaip olma ve haber alınamama ölüme karine teşkil eder Gorter, **a.g.e.**, s. 24-25.

²⁰⁷ Presumption of Fact: Fiili karine, kuvvetli ihtimal veya mantiki faraziye Ovacık, **a.g.e.**, s. 252.

²⁰⁸ Gorter, **a.g.e.**, s. 29; Burr, **a.g.e.**, s. 12.

²⁰⁹ Burr, **a.g.e.**, s. 13; olay İncil'de geçmektedir. -1 Kings, ch. 3. Olaya dair bkz. İslam Muhakeme Hukukunda Karine.

²¹⁰ Burr, **a.g.e.**, s. 13.

²¹¹ Paul F. Rothstein, Myrna S. Raeder, David Crump, **Evidence in a Nutshell**, ffifth edition, USA, Thomson West, 2003, s. 48.

yerine getirecek ve karşı taraf da bu ispat faaliyetinin ardından karineyi çürütecek delil getiremezse jürinin varsayılan olayı kabul etmesi gerekecektir²¹².

Karinelerin ispat kuralı mı oldukları yoksa ispat yükü üzerinde etkili kurallar mı oldukları tartışılmaktadır²¹³. Karinelere ilişkin Federal Delil Kurallarının (Federal Rules of Evidence) 301. maddesi medeni yargılamada karinelere ilişkin önemli bir düzenlemedir²¹⁴. Bu maddeye göre, aksi öngörülmedikçe, karinenin karşı tarafı karineyi çürütmek için delil ikame yükünü taşımaktadır. Ancak bu kural, ispat yükü asıl olarak kimin üzerindeyse bulunduğu yeri değiştirmez. Bu kuralla, karşı tarafa, varsayılan olayın mevcut olmadığı ihtimalinin mevcut olduğu ihtimalinden daha fazla olduğuna dair bir ispat faaliyetinde bulunma yükü yüklenmektedir²¹⁵.

1965'te kabul edilmiş olan Kaliforniya Delil Kanununda kamu yararına ilişkin karinelere ispat yükünün belirlenmesi sağlanırken, kamu yararına yönelik olmayan karinelerin belirli hareketi kolaylaştırmayı amaçlayan karineler oldukları kabul edilmektedir²¹⁶.

Bu düzenlemelere rağmen karinelerin hukuki niteliğine dair tartışmalı noktalar devam etmektedir. Karineyi varsayılan olayın delili olarak kabul eden görüşe göre, varsayılan olay B ise, karine de B olayının varlığına delil teşkil ediyorsa

²¹² Strong, **a.g.e.**, s. 522.

²¹³ M. Edmund Morgan, "Instructing the Jury upon Presumptions and Burden of Proof", **Harvard Law Review**, Cambridge, Mass., Volume XLVII, 1933-1934, s. 59-83, s. 60.

²¹⁴ Bu maddenin hazırlanmasında da karinelerin ispat kuralı mı yoksa ispat yükü kuralı mı olduklarına dair tartışmalar devam etmiştir. Karinelerin delil olduklarına dair hüküm adalet komitesi tarafından iptal edilmiştir. Çünkü karinelerin delil olmayıp delille baş etmenin yolu olduğu ve delilin doğasına dair kuralların karinelerle bağdaşmadığı ifade edilmektedir. Nihayetinde ispat yükünün karşı tarafa geçmesine de sebep olmadıkları, ispat yükü kimdeyse ispat yükünü taşımaya o tarafın devam edeceği kabul edilmiştir Notes of Committee on the Judiciary, Senate Report, No. 93-1277. (Çevrimiçi) www.law.cornell.edu/fre/rule_301.

²¹⁵ Notes of Committee on the Judiciary, House Report No. 93-650. Komite karinelere ispat yükünü değiştirme etkisinin verilmesinin karinelere ciddi bir güç vereceğini ifade etmektedir ve karinelere orta bir pozisyon vermek adına karşı delille karinelerin ortadan kalkması ve ispat yükünü değiştirmesi yerine varsayılan olaya dair yeterli delil olarak kabul edilmesi uygun görülmüştür.

²¹⁶ Ancak bu durum da sorunları kolayca çözmektedir. Çünkü hangi karinenin kamu yararına yönelik olduğu hangi karinelerin kamu yararına ilişkin olmadığı kolayca anlaşılabilir. Şu kadar ki, karinelerin düzenlenme amacı uyumsuzluğu çözmektir, yoksa sosyal amaçları belirlemek değildir. Bkz. Strong, **a.g.e.**, s. 527.

karşı taraf B'nin olmadığına dair ispat yükünü taşır²¹⁷. Temel olay ispatının ardından karşı tarafın varsayılan olayın aksini daha baskın ve etkili delille ispatlaması gerektiği kabul edilmektedir²¹⁸.

Karinelerin ispat yükü üzerindeki etkisine dair tereddütler vardır²¹⁹. Keza, karine düzenlenmemiş olsaydı da ispat yükü etkilenmemiş olarak kalacaktı ve karine lehine veya aleyhine olsun karineden etkilenmemiş olarak ispat yükü kimin üzerindeyse onun üzerinde kalmaya devam edecekti²²⁰. Karinelerin tek etkisinin varsayılan olayın aksine dair karşı tarafa delil ikame yükünü yüklemek olduğunun, ispat yükünün karineyle etkilenmediğinin ve varsayılan olaya dair bir delil olmadığına kabul edildiğini görmekteyiz²²¹. Nihayetinde bu etkinin tanındığı aksi ispat edilebilen-*disputable* karine bir yargılamada işlevsel hale gelmekteyken, kesin-conclusive karine ise yargılamaya dair bir araç değildir ve maddi veya yargılama hukukunun pozitif kuralını oluşturmak için kullanılmaktadır²²².

Çalışmamızın devamında karinelerin çeşitlerine, hukuki niteliğine ve etkilerine dair yapacağımız tartışmalarda da görüleceği üzere Anglo Amerikan hukukundaki karinelere dair karışıklık Kıta Avrupası sisteminde de mevcuttur. Bu durum karinenin etki ve nitelik olarak yargılamada çözümü zor tartışmalara sebebiyet vermesinin yanında, kanun koyucunun yeknesak bir düzenleme oluşturmamasından, karine ve karineye ilişkin kelimelere kurumu nazara almadan kanunda yer vermesinden ve yargı organlarının benzer kurumlara ikame olarak karine kavramını gelişigüzel kullanmasından da kaynaklanmaktadır.

²¹⁷ Rothstein, Raeder, Crump, **a.g.e.**, s. 48; Strong, **a.g.e.**, s. 525.

²¹⁸ Strong, **a.g.e.**, s. 525.

²¹⁹ Strong, **a.g.e.**, s. 525.

²²⁰ Morgan, **a.g.m.**, s. 69.

²²¹ Morgan, **a.g.m.**, s. 60. Strong, ispat yükü dağılımı kadar güçlü karinelerin de bulunduğunu belirtmektedir. Yazara göre, evlilik sürecinde doğan çocuğun babasının koca olduğuna dair karinede hem delil ikame yükü hem de ispat yüküne ilişkin belirleme yapılmaktadır. Bkz. Strong, **a.g.e.**, s. 527

²²² Morgan, **a.g.m.**, s. 67, 77.

İKİNCİ BÖLÜM

KARİNELERİN KANUNİ DÜZENLEMESİ, TÜRLERİ, AKSİ İSPAT EDİLEBİLEN KARİNELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ, ETKİLERİ, HÜKÜMSÜZ HALE GELMESİ

I. KARİNELERİN KANUNİ DÜZENLEMESİ

Kanuni karinelerin üst kavramı normdur²²³. Kanun koyucu, kanuni karineleri birer hukuk kuralı olarak düzenlemiş ve bu kurallara bazı sonuçlar bağlamıştır²²⁴. Karineleri düzenlerken de teknik olarak karine olduğunu bize madde metninde apaçık gösterdiği gibi bazı hallerde de karine ibaresini madde metnine gizli olarak yerleştirmiştir. Ancak kanun koyucunun karine kelimesini veya karineyi oluşturabilecek nitelikteki fiilleri her kullanımında, karine düzenlemiş olduğunu söyleyememekteyiz.

Kanun koyucunun karineleri düzenlerken madde metninde “sayılır”, “geçerli kabul edilir” fiillerini, özellikle “sayılır” fiilini kullanmakta olduğunu görmekteyiz. Bu fiiller varsayım düzenlemesine de müsait fiiller olduklarından, kanun koyucu bu fiilere varsayımlara ilişkin düzenlemelerde de yer vermektedir. Almanca metinlerde de *vermuten* ve *gelten*²²⁵ fiillerinin karine düzenlemesinde kullanıldığı görülmektedir. Alman ve İsviçre hukukunda da bu iki fiil karine için kullanılmakla beraber, her zaman bu fiillerin kullanılması o düzenlemeyi karine yapmayacağı gibi,

²²³ Rüegg, a.g.e., s. 14.

²²⁴ Kanunda düzenlenmiş karinelere örnekler: TMK m.7, m. 13, m. 29/2, m. 31, m. 166/3-4, m. 216/2, m. 222/2-3, m. 245/2, m. 285, m. 287/2, m. 288/2, m. 302, m. 394/2, m. 605, m. 675, m. 721, m. 862/2, m. 985/1-2, m. 986/2, m. 992/1, m. 1020/son; TBK m. 2/2, m. 17, m. 104/1-2-3, m. 189/2, m. 196/3, m. 327/2, m. 367/2, m. 503, m. 544, m. 637/3; TTK m. 7, m. 19, m. 21/2, m. 21/3, m. 131/1, m. 195/2, m. 247, m. 793/2, m. 856/2, m. 858/3, m. 974, m. 1182, m. 1185; İİK m.8, m. 96/2, m. 97/a, m. 280/2-3; FSEK m. 86; RKHK m. 4.

²²⁵ *Gelten* fiili “sayılmak, addedilmek, telakki edilmek” anlamlarında kullanılmaktadır. Bkz. Steuerwald, a.g.e., s. 246

bu fiillerin kullanılmadığı durumlarda da karine olmayacağı anlamı çıkarılmamaktadır²²⁶.

TTK m. 12/2’de “*Bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimse, fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır*”. Bu hükümde kanun koyucunun “*sayılır*” ifadesini kullanması bir karine oluşturmak amacıyla değildir. Kanun koyucu bir tercih yapmış ve tacirdir ifadesi yerine tacir sayılır ifadesini kullanmıştır. Buradaki belirleme ilerleyen kısımlarda üzerinde duracak olduğumuz varsayım kurumu ile ilgilidir²²⁷. Aynı şekilde TTK m. 682/1 c.2 ifadesi “*Cironun bağlı tutulduğu her şart yazılmamış sayılır*” şeklindedir. Burada da kanun koyucu bir karine değil bir varsayım düzenlemiştir. Diğer taraftan TMK m. 29/2 ve m. 287/2’nin metninde de “*sayılır*” ifadesi yer almaktadır ve bu hükümlerde yer alan birlikte ölüm karinesi ve evlilik içinde ana rahmine düşme karinesi, karine olarak kabul edilmektedir. TTK m. 7/1’de ve TBK m. 104/2’de “*sayılır*” demeden kanun koyucu karine düzenlemiştir. Sonuç olarak diyebiliriz ki, kanun koyucunun kullandığı fiiller, karinenin belirlenmesinde önemli olsa da her durumda bize karineleri tespit etme olanağı sağlayamamaktadır.

Kanun koyucu HMK ve diğer kanunlarımızda karineye dair bir tanım yapmamakla birlikte, ispat hukuku açısından kanuni karinelere dair HUMK’ta olmayan bir düzenlemeye HMK 190/2’de yer vermiştir. Maddeye göre: “*Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir.*” Alman Usul Kanunundaki düzenleme (ZPO § 292) de şu şekildedir: “*Kanun bir vakıanın mevcut olduğuna dair karine düzenlerse, kanunda*

²²⁶ Gierk, **a.g.e.**, s. 19; Topuz, **a.g.e.**, s. 60. Hedemann *vermuten* kelimesinin kullanılabileceği durumda kanuni karinenin mevcut olabileceğini belirtmektedir. Bkz. Hedemann, **a.g.e.**, s. 221. Musielak karine için “*vermuten*” fiilinin fiksiyon içinse “*gelten*” fiilinin kullanıldığını ifade etmektedir. Bkz. Musielak, **Beweislast**, s. 49.İsviçre hukukunda ise “*vermuten, gelten, wird angenommen*” fiilleri kullanılsa da her zaman bu kullanımlardaki kuralların karine teşkil etmediği ifade edilmektedir. Bkz. Hans Kuhn, **Die Beweislast insbesondere im Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Bern, Verlag von Staempfli, 1912, s. 102.

²²⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm: Varsayım (Faraziye-Fiksiyon).

başka bir durum öngörülmedikçe aksini ispat caizdir. Bu ispat § 445'e göre isticvap yoluyla da yapılabilir". İsviçre medeni usul kanununda karinelere ilişkin bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte Bern Kantonu medeni usul kanununda karinelere ilişkin düzenleme bulunmaktadır. *Vermutungen* başlığını taşıyan Art. 220'ye göre, "Bir vakianın mevcut olduğuna dair kanun karine düzenlerse, kanunda aksi öngörülmedikçe karşı ispat caizdir." Bu düzenlemeler kanuni karinelere dair yapılan tartışmaları karşılayacak yeterlilikte olmasa bile, kanunun karine ifadesine yer vermesi ve aksi ispatın caizliğine dair belirleme yapması da bizim için önemlidir.

Kanuni karineler somut olaydan bağımsız olarak soyut anlamda düzenlenen kurallardır²²⁸. Kanuni karinelere karine temeli karara esas olan husus ile doğrudan bağlantılı olmamakla beraber, karine sonucuna dair bu yabancı unsur vakıadan hareketle yapılan çıkarımla karara etkide bulunmaktadır²²⁹. Kanuni karineler de diğer hukuk kuralları gibi koşul vakıa ve hukuki sonuçtan oluşmaktadır²³⁰. Karine normunun koşul vakıasını karine temeli teşkil ederken, bu normun hukuki sonucunu da karine sonucu oluşturmaktadır. Karine normunun diğer hukuk normları gibi uygulanabilmesi için fiili unsurlarının sağlanması gerekir²³¹. Karine sonucunun mevcut kabul edilmesiyle, uyumsuzluğa uygulanacak olan hukuk kuralının da koşul vakıasının ispatına gerek kalmamış olur²³². Bu durum da karine temelinin ispat edilmesiyle gerçekleşir. Bu kuralların sembolik bir uygulamasını ise klasikleşmiş şu örneklerle verebiliriz²³³.

²²⁸ Kummer, Art 8, N. 318.

²²⁹ Kummer, Art 8, N. 318.

²³⁰ Topuz, **a.g.e.**, s. 60.

²³¹ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 9; Kuhn, **a.g.e.**, s. 104; Rüeegg, **a.g.e.**, s. 43.

²³² Evlenmeden başlayarak üç yüz gün geçtikten sonra doğan çocuk (karine temelinin ispatının ardından) TMK m. 287/II 'deki karine gereğince evlilik içinde ana rahmine düşmüş sayılır. Buradaki karine sonucu, TMK m. 287/I'in koşul vakıası olduğundan ve karine gereğince ispatına gerek kalmadığından, soybağının reddi davasında, davacının kocanın baba olmadığını ispat etmesi gerekecektir.

²³³ Prütting, **a.g.e.** s.63; Guggenbühl, **a.g.e.** s.10; Atalay, **a.g.e.**, s.59.

Ş: Kanun kuralının uygulanması için gerekli olan şart

H: Kanun kuralının uygulanmasıyla doğan hukuki sonuç

V: Somut vakıa

Ş mevcutsa H meydana gelir.

V de Ş'ye eşittir.

Bundan dolayı,

V için H geçerlidir.

Bu durum kanuni karinelere de şu şekildedir:

K: Karine temeli (Karine kuralının koşul vakıası)

KH: Karine sonucu (Karine kuralının uygulanmasıyla doğan hukuki sonuç ve asıl hukuk kuralının koşul vakıası)

A: Uygulanmak istenen asıl hukuk kuralı

V: Somut vakıa

K mevcutsa KH meydana gelir.

V de KH'ye eşittir.

Bundan dolayı,

V için A geçerlidir.

A. SÖZDE KARİNELER

Karine olarak kabul edilen ancak teknik anlamda karinelerin özelliklerini taşımayan kuralları vardır. İşte bu kurallardan karineye çok benzemekle birlikte karine adını taşıyan, ancak gerçek anlamda karine olmayan kurallara sözde karineler (*Scheinvermutung, Interimswahrheit*) denmektedir²³⁴.

²³⁴ Sözde karineler-scheinvermutung kavramı karine ifadesine yer verdiği için gerçek karinelerle karıştırılabilecek bir kavramdır. Bu yüzden gerçek karineler ile sözde karineler arasındaki kavramsal karışıklığı önlemek ve daha net bir ayırım sağlamak amacıyla Interimswahrheit-geçici gerçeklik kavramı Avusturya hukukunda Unger tarafından kullanılmıştır. Bkz. Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 16, Plosz, **a.g.m.**, s. 1; Topuz, **a.g.e.**, s. 69. Rüegg, sözde karineler için *generelle Vermutung* ifadesini kullanmıştır. Bkz. Rüegg, **a.g.e.**, s. 44.

Kanuni karinelerin teknik bir özelliği karine temeli ve karine sonucunun kanun metninde yer almasıdır. Karine temelinin yani çıkış vakiasının ispatıyla karine sonucunun gerçek olarak kabul edilmesi ve hakimın kararına esas alınması söz konusu olmaktadır. Halbuki sözde karinelerde varsayılan vakıa bulunmakla birlikte, karinenin bir unsuru olan karine temeli, çıkış vakiası (*Ausgangstatsache*), bu kurallarda yer almamaktadır²³⁵. Bu kurallarda karinenin tipik özelliği olan bilinen den bilinmeyene bir çıkarım yapılmamakta ve kanunun bir kabulü söz konusu olmaktadır²³⁶. Yani karinenin öncülünün ispatı aranmadan varsayılan olay mevcut olarak kabul edilmektedir²³⁷.

Sözde karineler, bir vakıanın varlığına gerek olmadan, kanunun bir vakıanın varlığını kabul ettiği kurallar olarak durum tespitinde bulunan, ispat yükü kurallarından bir başkası değildir²³⁸. Doktrinde bir görüş, sözde karinelerin ispat yükü kuralı olduklarını kabul ederken, ispat konusunu değiştiren kanuni karinelere farklı olarak hem ispat konusunu hem de ispat yükünü değiştirmekte olduklarını ileri sürmektedir²³⁹. Kanaatimizce, kanun koyucu sözde karinelerde, ispatlanması gereken bir karine temeli belirtmeden, karine maskesi altında tek kısımlı ispat yükü kuralı düzenlemektedir²⁴⁰.

Doktrinde sözde karinelere örnek olarak verilen düzenlemelere değinelim.

²³⁵ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 168; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 14; Karakaş, **a.g.m.**, s. 745; Leipold, **a.g.e.**, s. 93; Richard Holzhammer, “Die einfache Vermutung im Zivilprozess”, **Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag**, Wien, Manz, 1986, s. 205-229, s. 207; Koçhisarlıoğlu, **a.g.m.**, s. 279; Plosz, **a.g.m.**, s. 10; Topuz, **a.g.e.**, s. 70; Blomeyer, **a.g.e.**, s. 354. Plosz gerçek karinelerle sözde karinelerin arasındaki bu ayrımın pratik bir anlamı olmadığını ve hukukun uygulanmasında pek bir farklarının bulunmadığını, bu yüzden de bu farklılığın fazla önemsenmemesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Plosz, **a.g.m.**, s. 10-11.

²³⁶ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 661. Masumiyet karinesi, bir kimsenin suçlu olduğu sabit olana kadar masum olduğunun kabulünü ifade etmektedir. Bu kural aslında teknik manada bir karine değildir. Masumiyet karinesini karşılayan *presumption of innocence* ifadesi de *presumption* kelimesinin teknik anlamında kullanılmadığından eleştirilmekte ve *assumption of innocence* (masumiyet kabulü) ifadesinin kullanılması önerilmektedir Strong, **a.g.e.**, s. 519.

²³⁷ Rüegg, **a.g.e.**, s. 44.

²³⁸ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 173. Sözde karinelerin özel nitelikte ispat yükü kuralı olduklarına dair bkz. Koçhisarlıoğlu, **a.g.m.**, s. 279.

²³⁹ Plosz, **a.g.m.**, s. 2; Koçhisarlıoğlu, **a.g.m.**, s. 279. Blomeyer’e göre, sözde karineler varsayılan koşul vakıaya dair ispat yükünün yer değiştirirler. Bkz. Blomeyer, **a.g.e.**, s. 355.

²⁴⁰ Holzhammer, **a.g.m.**, s. 208. Aynı yönde bkz. Topuz, **a.g.e.**, s. 70.

Sözde karinelere Alman, Türk ve İsviçre doktrininde verilen en önemli örnek TMK m. 3'ün (ZGB Art. 3 I) düzenlemiş olduğu subjektif iyiniyet karinesidir²⁴¹. TMK m. 3'e göre, "*Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır*". İyiniyet sonucunun çıkarılmasına dair başka bir olay bilinmese de, bir hakkın doğumu için iyiniyetin varlığı gerektiği takdirde, TMK m. 3 gereğince hakkı kazanacak kişinin iyiniyetli olduğu kabul edilir ve karşı tarafın, iyiniyete dayanan tarafın iyiniyetli olmadığını ispatlaması gerekir. Söz konusu durumda kanun iyiniyetin varlığını şartsız, asıl temele- yani karine temeline bağlı olmadan, kabul etmektedir. TMK m. 777'de de "*Başkasının taşınır bir malını davasız ve aralıksız beş yıl iyiniyetle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kimse, zamanaşımı yoluyla o taşınırın maliki olur.*" ifadesi yer almaktadır. Burada zilyedin iyi niyetli olduğuna dair kanunun bir kabulü vardır ve karşı tarafın zilyedin iyi niyetli olmadığını ispat etmesi gerekmektedir. Bu yüzden zilyedin iyi niyetli olması herhangi bir unsura -karine temeline- bağlanmadan kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir²⁴². TMK m. 3'ün düzenlediği karine gerçek bir karine değil sözde karinedir ve bu kural, bir ispat yükü kuralıdır²⁴³.

Bu görüşe karşı, TMK m. 3'te düzenlenen iyiniyete dair kuralın karine olduğu da ileri sürülmektedir²⁴⁴. Akkanat'a göre²⁴⁵, buradaki karine tahmine dayalı bir karar olup, bilinen bir olgudan bilinmeyen bir olguya dair sonuç çıkarılmaktadır. TMK m. 3'te iyiniyetin kabulüne gerekçe olabilecek bir öncül belirtilmese de, kanun koyucunun öncülsüz bir karine düzenlediğini kabul edemeyiz. Karine öncülü ihtilafa

²⁴¹ Kummer, Art 8, N. 354; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 168; Guggenbühl, **a.g.e.** s.15; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 661; Topuz, **a.g.e.**, s. 70; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 315; Rüegg, **a.g.e.**, s. 45; Karakaş, **a.g.m.**, s. 745.

²⁴² Rosenberg, **a.g.e.**, s. 205; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 661; Kummer, Art 8, N. 354; Topuz, **a.g.e.**, s. 70.

²⁴³ Kummer, Art 8, N. 354; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 168; Guggenbühl, **a.g.e.**, s.15; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 661; Topuz, **a.g.e.**, s. 70; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 315.

²⁴⁴ Halil Akkanat, **Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010, s. 58. Hasbcheid iyi niyet karinesini hak karinelere örnek olarak vermiştir. Bkz. Hasbcheid, **a.g.e.**, s. 387.

²⁴⁵ Akkanat, **a.g.e.**, s. 58-61. Akkanat, iyiniyet iddiasında bulunan tarafın kanuni iyiniyet varsayımından (karine) istifade edeceğini ifade etmiş ve buradaki varsayımın sadece iyiniyetin kendisini hedef olarak kabul ettiğini eklemiştir. İyiniyetin her zaman belirli bir olguya ilişkin olduğunu ve bu unsurların varlığını alışlagelmiş ispat vasıtaları aracılığıyla ortaya konulmasının gerektiğini, TMK m. 3/1'de yer alan karinenin söz konusu etkenleri kapsamına almadığını ifade etmektedir. Bkz. Akkanat, **a.g.e.**, s. 60-61.

uygulanması söz konusu olan kuralın düzenlemiş olduğu olguda yer almaktadır. TMK m. 988’te hak iktisap edenin iyiniyetli olması durumunda iktisabının korunacağı belirtilmiştir. İşte TMK m. 3/1 hükmü bu koşulun varlığını karine olarak kabul etmekte ve karineyi diğer koşulların bütünü üzerine eklemektedir. İyiniyet karinesinin çürütülmesi, öncüllerin mevcut olmadığı (karşı ispat) veya kötüniyetli olduğu (aksi ispat) ispat edilerek sağlanabilir²⁴⁶.

Kanaatimizce subjektif iyiniyetin kabulüne dair yapılan düzenleme kanuni bir karine teşkil etmemektedir. Aşağıda karine türlerini ve unsurlarını incelerken, karinelerin yargılamada ileri sürülebilmelerine ve ortadan kaldırılmalarına ilişkin yapacağımız açıklamalarda, karine temelinin karineler için tipik bir unsur olduğunu tekrar vurgulayacağız. İyiniyet karinesinde karine temeli bulunmamaktadır. Kanun koyucu bir karine temelinden hareketle iyiniyet olan karine sonucuna ulaşmamaktadır. Karine temelinin ihtilafa uygulanması söz konusu olan kuralın düzenlemiş olduğu olguda yer alması ise söz konusu değildir. Hak iktisabının sağlanması için gerekli olan şartlar sağlandığında kişinin iyiniyetli olduğu sonucuna varılmamaktadır. Kanun şartlardan birini de iyiniyet olarak belirlemiştir. İyiniyet şartının diğer şartlardan farkı kanunun bu şartın mevcut olduğunu kabul etmesidir. Yoksa kanundaki diğer şartlar sağlandığında iyiniyet olan karine sonucunun çıkarılması gibi bir durum söz konusu değildir. İyiniyete dayanan taraf iyiniyetli olduğunu iddia ve ispat etmese de hakimin o kişinin iyiniyetli olduğunu kabul etmesi ve karşı tarafın iyiniyetli olunmadığını ispat etmesi gerekecektir. Bundan dolayı kanaatimiz TMK m. 3’te yer alan iyiniyet karinesinin teknik anlamda karine olmayıp, bir ispat yükü kuralı olduğu yönündedir.

Sözde karinelere verilen diğer bir örnek birlikte ölüm karinesidir²⁴⁷. TMK m. 29/II’de “*Birden fazla kişiden hangisinin önce veya sonra öldüğü ispat edilemezse, hepsi aynı anda ölmüş sayılır*” ifadesiyle birlikte ölüm karinesi düzenlenmiştir²⁴⁸. Bu

²⁴⁶ Rüegg, **a.g.e.**, s. 45.

²⁴⁷ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 168; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 662; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 315.

²⁴⁸ “*Tanık beyanları çelişkili olduğu gibi, bunların değerlendirilmesini de içeren Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu raporundan her üç cesede detaylı otopsi yapılmadığından birlikte ölüm karinesinin*

görüşün savunucularına göre, birden fazla kişiden hangisinin önce veya sonra öldüğü ispat edilemezse, bilinen bir olaydan hareket etmeden hepsi aynı anda ölmüş sayılacaktır. Sözde karinelerle gerçek karineleri karşılaştırdığımızda aradaki fark daha net ortaya çıkacaktır. Zilyetliğin mülkiyete karine teşkil etmesi için, zilyetliğin varlığının bilinmesi lazım ki mülkiyetin kime ait olduğu bilinebilsin. Birlikte ölüm karinesinde de ölenlerin birlikte öldüğü bilinmediğinden (önceki karinede mülkiyetin kime ait olduğu bilinmemekteydi) birlikte öldükleri kabul edilmektedir (yani zilyet olmanın karşıladığı bilinen vakıa birlikte ölüm karinesinde veya iyiniyet karinesinde yer almamaktadır). Dolayısıyla burada da teknik anlamda bir karine yoktur.

Aksi görüşte olan Guggenbühl ise²⁴⁹, birden fazla kişinin ölmesinin ve bu olayın ne zaman vukuu bulduğunun bilinmemesinin karine temeli olduğunu ve bundan dolayı da birlikte ölüm karinesini iki kısımlı bir olay karinesi olduğunu kabul etmektedir. Biz de Guggenbühl'ün görüşüne katılarak, burada gerçek bir karinenin olduğu kanaatindeyiz. Karine temelinde yer alan birden fazla kişiden hangisinin önce veya sonra öldüğünün bilinmemesi, bilinen bir vakıadır. Yani burada bilinen vakıa, birden fazla kişinin bilinmeyen bir zamanda ölmüş olmasıdır. Karineyle, bu vakıadan çıkarılan sonuçla hepsi aynı anda ölmüş sayılmaktadır. Bu yüzden, bizce, burada kanun koyucu teknik anlamda bir karine düzenlemiştir.

B. YEDEK HUKUK KURALLARI VE KANUNİ KARİNELERİN KARŞILAŞTIRILMASI

Tarafların aksini kararlaştırabildikleri ve ancak taraflar aksini kararlaştırmadığında uygulama alanı bulabilen kanun hükümleri yedek hukuk kuralları olarak ifade edilmektedir²⁵⁰. Yedek hukuk kurallarının bir kısmı, tarafların

aksine tıbbi bulgu saptanamadığı belirlenmiştir. Bu durum karşısında Oya, Ramazan ve Güner'in aynı anda öldüklerinin ve birinin diğerine mirasçı olamayacağıın kabulü gerekir.” HGK, 23.3.2005, E. 2005/2-164, K. 2005/194 (Legal HD 2005/28, s.1375).

²⁴⁹ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 23. Karakaş, birlikte ölüm karinesinin kesin karine olduğu kanaatindedir. Bkz. Karakaş, **a.g.m.**, s. 751-752.

²⁵⁰ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 85; Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuk'a Giriş**, 6. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 64.

sözleşmede düzenlemedikleri hususları tamamlayıcı rol oynarken (tamamlayıcı hukuk kuralları), diğer kısmı ise tarafların sözleşmede kullandıkları ancak açıklamadıkları hususları, davranışları yorumlayıcı görev üstlenmektedir (yorumlayıcı hukuk kuralları)²⁵¹.

Yorum kuralları görünüşte karinelere benzemekte ve bu yüzden yorum kuralları ile karineler karıştırılabilmektedir. Sanki her iki müessese de belirsizlik durumuna bağlı irade açıklamasının etkisini netleştirmek amacıyla kullanılıyor olarak görülebilmektedir²⁵².

Peki yorum kurallarını karine olarak kabul edebilir miyiz?

Yorum kurallarını kanuni karine olarak kabul eden von Tuhr'a göre²⁵³, kanun bazı durumlarda bir kimsenin vaziyetinden bu vaziyeti belirleyen irade çıkarımını hakime bırakır, bazen de kanun vaziyeti temsil eden irade çıkarımını kendisi yapar. Bu durumda işlemi yapan kişinin belirli içerikli bir iradeye sahip olduğu farz edilerek kanuni karine düzenlenmektedir. Karine bir irade beyanının muhtevasına yönelikse, tefsir kaidesinin bu karineyi düzenlediğini kabul edebiliriz.

Bizim katıldığımız görüşe göre, yorum kuralları teknik ve hukuki anlamda karine değildir²⁵⁴. Yorum kuralları karinenin tanımına uymamakta, yani belirli olmayan hakkında sonuç çıkaran kurallar kapsamına girmemektedir. Yorum kuralları her zaman bir irade açıklamasına gereksinim duyarken, karinelerin yorum kurallarındaki gibi yorumlanması gereken bir irade açıklamasına ihtiyacı yoktur²⁵⁵. Yorum kurallarını iç iradenin ne yönde olduğuna dair bir karine olarak kabul etmek

²⁵¹ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 85; Hatemi, **a.g.e.**, s. 64-65. TBK m. 207/2 tamamlayıcı hukuk kurallarına, TBK m. 91 de yorumlayıcı hukuk kurallarına örnek olarak verilebilir. Bkz. Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 85-86.

²⁵² Guggenbühl, **a.g.e.**, s.19; Serozan, **a.g.e.**, s. 91; Topuz, **a.g.e.**, s. 64-65. TBK m. 211/II ve III, m. 233/I yorum kurallarındadır, ancak karineye benzemektedir. Bkz. Karakaş, **a.g.m.**, s. 746.

²⁵³ Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, Çev. Cevat Edege, C. I-II, Ankara, Olgaç Matbaası, 1983, s. 156.

²⁵⁴ Aynı yönde bkz. Rosenberg, **a.g.e.**, s. 211; Rüegg, **a.g.e.**, s. 26; Kummer, Art 8, N. 341; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 190; Prütting, Gehrlein, **a.g.e.**, s. 351; Gierk, **a.g.e.**, s. 26; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 19; Prütting, **a.g.e.**, s. 75; Topuz, **a.g.e.**, s. 66; Serozan, **a.g.e.**, s. 91; Karakaş, **a.g.m.**, s. 746; Edis, **a.g.e.**, s. 374, dn.47.

²⁵⁵ Gierk, **a.g.e.**, s. 27; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 190.

de isabetli olmaz. Çünkü, hukuk düzeninde sonuç doğuran iç irade değil, dış aleme yansıtılan iradedir²⁵⁶. Nihayet, yorum kurallarının neticesinde bir hakkın, hukuki ilişkinin ya da bir vakıanın mevcudiyetine ilişkin bir belirleme yapılmamakta ve bu yönüyle de karinelere sonuç bakımından farklılık arz etmektedir²⁵⁷. Keza yorum kuralları vakıa iddiaları ile ilgili değildir²⁵⁸ ve karine temelinde yer alan vakıanın iddia ve ispatı yorum kurallarında söz konusu olan irade beyanı ile paralel değildir. Nitekim, TBK m. 91’de yorum kuralı düzenleyen kanun koyucu, bir karine temelinden karine sonucuna yönelik çıkarım yapmamakta, tarafların iradesini yorumlayıcı düzenlemeye yer vermektedir. Netice olarak, yorum kuralları karinelere farklı olarak ispat sorununu çözmeyi amaç edinmez ve sadece irade beyanını varsaydığı irade yönünde saptamaya çalışır²⁵⁹.

Yedek hukuk kurallarından tamamlayıcı hukuk kuralları da, hukuki işlemlerdeki boşluğu doldurucu işleve sahip olduklarından ve karine temeli unsuruna sahip olmadıklarından, karinelere çok benzeseler de karine olarak kabul edilemez²⁶⁰. TBK m. 207/2’nin (önceki BK m. 182/2) Yargıtay kararlarında karine olarak kabul edildiğini görmekteyiz²⁶¹. Söz konusu hükümde, tarafların aksini kararlaştırmadıkları durumda, satıcı ve alıcının borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlü oldukları kabul edilmektedir. Bu kural bir karine olmayıp, tamamlayıcı hukuk kuralıdır. Çünkü taraflara borçlar yüklenmekte, bilinenden bilinmeyene bir çıkarım yapılmamaktadır. Yine TMK m. 202’de kanunda belirlenen diğer mal rejimlerinden birine yönelik mal rejimi sözleşmesi yapılmamışsa, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanacağı kabul edilerek bir tamamlayıcı hukuk kuralı oluşturulmuştur. Burada varlığı bilinen bir karine temelinden hareket edilmemekte, tarafların bu konuda bir

²⁵⁶ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 190.

²⁵⁷ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 190.

²⁵⁸ Prütting, Gehrlein, **a.g.e.**, s. 351.

²⁵⁹ Serozan, **a.g.e.**, s. 91; Kummer, Art 8, N. 341.

²⁶⁰ Rüegg, **a.g.e.**, s. 28; Karakaş, **a.g.m.**, s. 746; Kummer, Art 8, N. 341.

²⁶¹ Bkz. Üçüncü Bölüm: Fiili Karinelere Uygulamadan Örnekler. “*B.K.nun 182/2.maddesi uyarınca "Hilafına adet veya mukavele mevcut değil ise satıcı ile alıcı borçları aynı zamanda ifa etmekle mükelleftirler". Buna göre asıl olan peşin satıştır. Peşin satışta mal ve satış bedelinin aynı anda verildiğine dair yasal karine mevcuttur.*” 19. HD., 4.5.2010, E. 2009/10591, K. 2010/5483 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

sözleşme yapmamış olmalarından bir çıkarım yapılmaktadır²⁶². Nihayet, tamamlayıcı hukuk kuralları karine olarak kabul edilemez, ispat sorununu çözmek amacıyla düzenlenmiş kurallar değildir, tarafların boşluk bıraktığı hususları doldurmaya yönelik düzenlemelerdir.

C. KARİNEDE TARAFLAR

Kanuni karinede iki taraf bulunmaktadır. Bu tarafların durumu da ispat yükü açısından karineye dayanmalarıyla ilgilidir. Karine temeline dair ispat yükü taşıyan taraf ve karine sonucunun aksine yönelik ispat yükünü taşıyan taraf ayrımı karine taşıyıcısı-karine lehine olan, karineye dayanan taraf (*Vermutungstraeger*) ve karinenin karşı tarafı (*Vermutungsgegner*) olarak ifade edilmektedir. Kanun kimin lehine hukuki sonucu belirlemişse o taraf karine taşıyıcısı iken, karinenin düzenlediği ispat yükü dağılımında elverişsiz durumda olan, yani karine taşıyıcısının karşısında bulunan taraf ise karinenin karşı tarafıdır²⁶³.

Karine lehine olan ve karine karşıtı olan tarafın belirlenmesinde tarafın davacı ya da davalı olması herhangi bir rol oynamaz ve karine menfaat durumuna göre taraflardan birine ya da diğerine hizmet edebilir²⁶⁴. Lakin, karine her iki tarafa aynı anda hak sağlayamaz²⁶⁵. Ayrıca karine bir tarafın lehine işleyebileceği gibi aleyhine de işleyebilir. Zilyet olduğu için malik olduğu çıkarılan kişinin, mülkiyet karinesi aleyhine de sonuç doğurabilir²⁶⁶.

D. KARİNELERİN KAYNAKLARI

Karinelerin kaynaklarını belirlerken karinelerin türlerine göre bir analiz yapmamız gerekmektedir. Bu kapsamda da aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, aksi ispat edilebilen karineler karine sonucuna göre hak ve olay karineleri olarak ayrılmakta ve bu karinelere ayrı olarak fiili karineler de karine türleri

²⁶² Karakaş, **a.g.m.**, s. 747.

²⁶³ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 72-72.

²⁶⁴ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 71-72.

²⁶⁵ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 71; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 178.

²⁶⁶ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 178.

arasında yer almaktadır. Kanuni karinelerin en önemli ve asıl kaynağını kanun teşkil etmektedir²⁶⁷. Nitekim kavramsal olarak ifade ederken de kanuni (*gesetzliche*) kelimesi kullanılarak bu karinelerin kanunla belirlenme gerekliliği ön planda tutulmuştur. Kanuni karinelerin kaynağını anayasa, kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmelik de oluşturabilmektedir. Adres Kayıt Sistemi Yönetmeliği madde 13'te yerleşim yerine ilişkin düzenlenen karine, yönetmelikte düzenlenmiş kanuni karineye örnek olarak verilebilir.

Belirli bir olay karşısındaki davranış tarzı, toplumu oluşturan bireyler tarafından her seferinde aynı şekilde tekrarlanarak, toplumda söz konusu davranış tarzına uygun davranmanın mecburi olduğu sonucunun yerleşmesiyle, örf ve adet hukuku meydana gelir²⁶⁸. Örf ve adet hukuku kanundan farklı olarak kanun koyucunun yazılı şekilde açıklanmış iradesine dayanmamaktadır ve halkın genel inanç ve uygulamasının bir ürünüdür²⁶⁹. Hukukun yazılı olmayan kaynaklarından olan örf ve adet hukukunu kanun koyucu TMK m. 1'e göre hakkında kanuni bir hüküm bulunmayan hallerde örf ve adet hukukuna göre hakimin karar vereceği düzenlenmiş ve TTK m. 2/1'e göre hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde hakimin ticari örf ve adete göre, bu yoksa genel hükümlere göre karar vermesinin gerektiği belirtilmiştir²⁷⁰. TMK m. 1 ve TTK m. 2 hükümleri doğrultusunda örf ve adet hukukunun, hatta ticaret hukukunda teamüllerin, kanunla aynı düzlem içerisinde yer alabileceği belirtilmektedir²⁷¹. Doktrinde, teorik olarak örf ve adet hukuku kurallarının, olay ve hak karinelerinin kaynağı olabileceği belirtilmektedir²⁷². Ancak örf ve adet hukuku kurallarının aksi ispat edilebilen olay ve hak karinelerinin kaynağı olduğuna dair pratikte bir örnek bulunmadığı da ifade

²⁶⁷ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 25; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 222; Topuz, **a.g.e.**, s. 76.

²⁶⁸ Yasemin Işıқтаç, **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1992, s. 105.

²⁶⁹ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 105; Işıқтаç, **a.g.e.**, s. 39.

²⁷⁰ Ticaret kanununun düzenlediği bu durum TMK m.1 anlamında bir örf ve adet hukuku ilkesi olmayıp ticaret alanında uygulanan geleneklerdir. Bu tür örf ve adetlerin yorum aracı olarak kullanılabilirliği, hukuk kimliği kazanmadıklarından dolayı kanunun özel bir yollama yapmasıyla mümkün olabilmektedir. Bkz. Işıқтаç, **a.g.e.**, s. 70.

²⁷¹ Işıқтаç, **a.g.e.**, s. 48.

²⁷² Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 26, 47; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 222; Kummer, Art 8, N. 317; Rüegg, **a.g.e.**, s. 18.

edilmektedir²⁷³. Kanaatimizce, örf ve adet kurallarının dayanak olduğu kapalı ve açık faturaya ilişkin karinede bahsedeceğimiz gibi²⁷⁴, örf ve adet kuralları kanuni karine değil, fiili karine oluşturmaktadır²⁷⁵.

Tecrübe kuralları kanuni karinelerin dayanağı olamaz²⁷⁶. Karinelerin düzenlenmesinde tecrübe kurallarının, süregelen bir durumun etkisi olmuş olabilir²⁷⁷. Ancak, her ne kadar tecrübe kurallarının etkisiyle bir vakıanın ya da bir hakkın, hukuki ilişkinin mevcut olduğu kanunda varsayılsa da bu düzenlemeler tecrübe kuralı olmayıp hakime yöneltilen kanunun birer emridir²⁷⁸. Nitekim, karineleri kanunda düzenlemeye kanun koyucuyu sevk eden düşünce aynı olayların tekrarı, tecrübe kurallarının bu tekrara destek vermesi olabilir²⁷⁹. Kanuni karinelere farklı olarak fiili karinelerin kaynağını tecrübe kuralları oluşturmaktadır.

Hakimin hukukta boşluk olması durumunda aksi ispat edilebilen hak ve olay karinesi oluşturması mümkündür müdür? TMK m.1 hakime hukuk yaratma yetkisi vermektedir. Bu yetki çerçevesinde hakim bir karine düzenlediğinde bu karine, kanuni karine olarak mı sınıflandırılacaktır²⁸⁰? Kanaatimizce hakim hukukta boşluk olması durumunda bir karine düzenlerse, burada bir kanuni karine değil fiili bir karine söz konusu olacaktır. Zira, kanuni karineler kanunda yazılı düzenlemelerken, fiili karineleri somut olayda hakim oluşturmaktadır²⁸¹.

Doktrinde karinelerin sözleşme ile belirlenip belirlenemeyeceği ve belirlendiği takdirde ne tür sözleşme olarak değerlendirilmesi gerektiği tartışmalıdır.

²⁷³ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 27, 47; Kummer, Art 8, N. 317.

²⁷⁴ Bkz. Dördüncü Bölüm: Açık ve Kapalı Faturaya İlişkin Karine.

²⁷⁵ Topuz, **a.g.e.**, s. 76.

²⁷⁶ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 222. 7 III 4.

²⁷⁷ Gierk, **a.g.e.**, s. 17. “Eskidenberi, maddi varlığı idare eden tabii kanunların delalet ve icapları bir karinei katia sayılarak delil addolunmaktadır. Ahlaki münasabetleri idare eden tabii kanunlar da vardır. İnsanların büyük bir ekseriyeti maddi veya manevi menfaatleri icabı bu kanunların tesiri altında hareket ederler. Bu tabii münasabetler birçok meçhul vakıaların meydana çıkmasına, izah edilmesine imkan verir. Kanunu medenimiz ahlaki, tabii kanunların icap ve delaletlerini nazarı dikkate alarak bazı kanuni karineler kabul etmiştir.” Belgesay, **İsbat**, s. 139.

²⁷⁸ Holzhammer, **a.g.m.**, s. 205; Tecrübe kuralının kanunda düzenlendiğine ilişkin bk. Siegrist, **a.g.e.**, s. 212.

²⁷⁹ Koçhisarlıoğlu, **a.g.m.**, s. 273.

²⁸⁰ Bu karinenin kanuni karine olduğuna dair bkz. BGH 98 II 162 Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 27.

²⁸¹ Aynı yönde bkz. Topuz, **a.g.e.**, s. 77.

Taşpınar'a²⁸² göre, karineler maddi hukuka dahil kurumlardır ve karinelerin amaçları öncelikle bağlantılı oldukları hukuki ilişkinin kurucu unsurlarını düzenlemektir. Karine sözleşmeleri ispat kolaylığı sağlasalar bile usul sözleşmelerinin asli etkilerini göstermez. Karine sözleşmeleri maddi hukukun tespit sözleşmeleri içerisinde değerlendirilmelidir. Baumgaertel ise²⁸³, aksi ispat edilebilen karine ya da kesin karine belirlenerek karine sözleşmesinin yapılabileceğini kabul etmektedir. Yazara göre, karine sözleşmeleri, ikrar sözleşmeleri gibi, hukuki ilişkinin mevcudiyetini ve içeriğini belirli unsurun ispatına bağlayan, vakıa tespiti yapan sözleşmeler olduğundan ispat (delil) sözleşmeleridir ve ispat yükü sözleşmeleri olarak kabul edilmemelidir.

Kanaatimizce tarafların ispat yükü sözleşmeleri yapabilmeleri sınırları dahilinde, karine sözleşmesi yapabilmeleri de mümkündür²⁸⁴. Bu karineler taraflar için kanuni karineler gibidir²⁸⁵. Taraflar kanunun emredici hükümlerine aykırı olmayan, dava konusu üzerinde tasarruf edebilecekleri davalarda karine sözleşmesi yaparak yeni bir karine oluşturabileceği gibi emredici nitelikte olmayan bir karine kuralını değiştirebilmelidir. Kanunda öngörülmuş emredici nitelikte olan bir karinenin (olay veya hak karineleri) şartlarını taraflar değiştiremediği gibi, bu karinenin uygulanmamasını da kararlaştıramazlar²⁸⁶. İspat yükü sözleşmesi olan karine sözleşmelerinin, maddi hukuk kuralına ilişkin ispat yükü düzenlemesi yapıyorsa maddi hukuka, muhakeme hukuku kuralına ilişkin ispat yükü düzenlemesi yapıyorsa muhakeme hukukuna ait olduğunu kabul ediyoruz²⁸⁷.

Tarafların sözleşmeyle olay karinesi düzenleyebilecekleri konusundaki doktrinin görüşleri, hak karinelerinin düzenlenmesi açısından farklılıklar

²⁸² Taşpınar, **a.g.e.**, s. 158.

²⁸³ Gottfried Baumgaertel, **Wesen Und Begriff Der Prozesshandlung Einer Partei Im Zivilprozess**, 2. Auflage, Köln, C. Heymann, 1972, s. 248-260. Karine sözleşmesinde ikrar sözleşmesi niteliğine yönelik tartışmaya ilişkin bkz. Taşpınar, **a.g.e.**, s. 157.

²⁸⁴ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 223; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 170; Prütting, Gehrlein, **a.g.e.**, s. 851.

²⁸⁵ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 170; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 222-223.

²⁸⁶ Taşpınar, **a.g.e.**, s. 158.

²⁸⁷ Tuluay'a göre ispat yükü anlaşmaları terimi ispat yükünün tek yanlı olarak yüklenilmesi gibi bir yanlış anlamaya sebep olabileceğinden, ispat yükü sözleşmelerine karine yaratan anlaşmalar demek daha yerinde olur. Bkz. Tuluay, **a.g.e.**, s. 103.

göstermektedir. Doktrinde baskın görüşe göre, sözleşme ile hak karinelerin belirlenememesi gerekmektedir²⁸⁸. Bu görüşe göre, hak karineleri olay karinelerinden farklı olarak karine temelinin varlığı halinde hangi hakkın veya hukuki ilişkinin söz konusu olduğunu düzenlemektedir. Hak karineleri hukuki nitelendirmeyi önceden yapmış ve hakimin hukuku uygulama yetkisini elinden almış olduğundan taraflar sözleşmeyle hak karinesi oluşturarak hakimin hukuku uygulama yetkisine müdahale edemezler. Hakimin hukuku kendiliğinden bulması ve uygulaması ilkesi gereğince hukuki işlemlerin, olay karinelerinin aksine, hak karinelerinin temelini teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre²⁸⁹, ispat yükü sözleşmesinin yapılması serbestliği içerisinde taraflar sözleşmeyle hak karineleri düzenleyebilirler. Nitekim hakkın kendisini oluşturabilen, düşürebilen veya değiştirebilen tarafların hakka dair yapacakları işlemlere ilişkin karine düzenlemeleri de mümkün olmalıdır.

E. HUKUKTA KARİNELERE YER VERİLMESİNİN AMACI

Kanun koyucu karinelerle yapmak istediğini düzenleyebileceği diğer kurullarla da sağlayabilecekken neden karinelere hukuk sahasında yer verme amacı gütmüştür? Aslında fiksiyonlardaki amaçla benzer olarak metinleştirmenin kolaylığı kanun koyucuyu karine koymaya teşvik etmiştir²⁹⁰. Nitekim karinelerle hukuki sonuca daha doğal, kolay ve ekonomik bir yolla ulaşılabilmektedir²⁹¹.

Karine adaletin iyi işlemlerini sağlamak amacıyla, kanun koyucunun kullandığı teknik bir yöntemdir²⁹². Karine sadeleştirici ve kolaylaştırıcı etkisiyle birden fazla kurulla sağlanacak hukuki korumayı tek bir kurulla sağlayabilecek

²⁸⁸ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 241; Gierk, **a.g.e.**, s. 22-23; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 48; Topuz, **a.g.e.**, s. 57; Taşpınar, **a.g.e.**, s. 158; Robert Winkler, **Die Rechtsvermutungen aus dem Besitz**, Zürich, Verlag Schulthess & Co. AG, 1969, s. 7.

²⁸⁹ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 171.

²⁹⁰ Plosz, **a.g.m.**, s. 19.

²⁹¹ Plosz, **a.g.m.**, s. 28.

²⁹² Koçhisarlıoğlu, **a.g.m.**, s. 273.

pratikliği hukuk düzenine sunar²⁹³. Karinelerin hukuk düzeninde yer alması matematiksel bir çıkarımla bağdaştırılabilir. Matematikte karmaşık ve bilinmeyen fonksiyonlara basit fonksiyonlarla yakınlaşmayı konu edinen yaklaştırma teorisine (*Approximationsmethode, approximation theory*) benzer bir çıkarımla, bilinen vakıadan bilinmeyen vakıaya, hakka, hukuki ilişkiye ulaşılması söz konusu olmaktadır²⁹⁴. Nitekim, kanun koyucu karinelere yer vererek, karine sonucuna ulaşmaktaki fikir silsilesini kanun metninde düzenlemiştir²⁹⁵.

Kanun koyucu, bazen içinden çıkılmaz durumlardan kurtulmak amacıyla, karineleri düzenleyerek bu durumlara belirlilik sağlamak istemektedir²⁹⁶. TMK m. 721’de (ZGB Art. 670) hukuki durumun netliğini sağlamak için karine düzenlenmiştir²⁹⁷. “İki taşınmazı birbirinden ayırmaya yarayan duvar, parmaklık, çit gibi sınırlıklar, aksi ispat edilmedikçe, her iki komşunun paylı malı sayılır” kuralıyla, karışıklığı önlemek amacıyla, sınırlıkların üzerindeki belirli olmayan mülkiyetin paylı mal sayıldığına dair karine düzenlenmiştir.

Kanuni karineler, karine sonucunun ispatının zor olması durumunda, ispatın kolaylaştırılmasını (*Beweiserleichterung*) sağlayıcı etkide bulunmaktadır²⁹⁸. Çünkü karineyle, ispatı zor olan karine sonucunda yer alan vakıadan ispatı kolay olan karine temelindeki vakıaya ispat konusu çekilerek karine lehine olan tarafa ispat kolaylığı sağlanmış olmaktadır²⁹⁹. Karine sonucunun ispatını, yabancı (karine sonucunun bölgesinin dışında) yer alan vakıaların ispatına bağlayarak, tarafın asıl ispat etmek istediği karine sonucundan karine temeline ispat konusu kaydırılarak ispat konusu

²⁹³ Koçhisarlıoğlu, **a.g.m.**, s. 273; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 77.

²⁹⁴ Plosz, **a.g.m.**, s. 14.

²⁹⁵ Plosz, **a.g.m.**, s. 14.

²⁹⁶ Topuz, **a.g.e.**, s. 62; Strong, **a.g.e.**, s. 520.

²⁹⁷ Kummer, Art 8, N. 328.

²⁹⁸ Rüegg, **a.g.e.**, s. 15-16; Topuz, **a.g.e.**, s. 62; Karakaş, **a.g.m.**, s. 239. İsviçre hukukunda iptal davalarında ispat faaliyeti güçlük oluşturduğundan kanun koyucu kanuni karineler düzenlemiştir. Bkz. M. Kamil Yıldırım, “Tasarrufun İptali Davasında Ticari İşletme Devri Karinesi”, **MÜHF-HAD**, C. 19, S. 2, 2013, s. 481.

²⁹⁹ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 73; Holzhammer, **a.g.m.**, s. 205; Winkler, **a.g.e.**, s. 2; Hans W, Fasching, **Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts**, Zweite Auflage, Wien, Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 1990, s. 456; Blomeyer, **a.g.e.**, s. 354; Kuhn, **a.g.e.**, s. 101; Kummer, Art 8, N. 327. Karinenin ispat kolaylığı sağlayıp sağlamadığı karine olmasaydı ispat durumunun ne olacağı düşünülerek belirlenebilir Rüegg, **a.g.e.**, s. 37.

değiştirilmiş olur. Bundan dolayı da, Guggenbühl kanuni karineleri ispat konusu kuralları olarak da nitelendirmektedir³⁰⁰. Nitekim karine temelinin ispatının ardından karine sonucunun ispatına dair bir muafiyet (*Beweisbefreiung*) sağlanacak ve karineye dayanan taraf karine sonucunu ispat etmesine gerek kalmadan karine sonucundan faydalanabilecektir³⁰¹. Ayrıca karine sonucunun ispatını sağlayacak asıl vakıanın ispatının zor olmasından dolayı, kanun koyucu bu asıl vakıa yerine karine temelindeki vakıayı koyarak karineye dayanan tarafa ispat kolaylığı sağlayabilir. Cinsel ilişkinin ispatının zorluğunu bilen kanun koyucu TMK m. 285'te düzenlediği babalık karinesiyle ispatın konusunu çocuğun doğma zamanına çekmiş ve karineye dayanan tarafı cinsel ilişki gibi ispatı zor bir vakıayı ispat etmekten kurtarmıştır.

Kanun koyucunun, bazı hallerde karineleri, olasılığı temel alarak düzenlemekte olduğunu görmekteyiz³⁰². TBK m. 104/son'da düzenlenen “*Borç senedi borçluya geri verilmişse, borç sona ermiş sayılır*” karinesinde borcun sona erme sebeplerinin gerçekleşmiş olduğu olasılığını mevcut kabul eden kanun koyucu, senedin geri verilmesine borcun sona erdiği sonucunu bağlamaktadır. Ancak tüm karinelere bu şekilde olasılığın temel alındığını söyleyemeyiz³⁰³. Nitekim kanun koyucu karinelerle birlikte ölüm karinesi gibi olasılık dışı bir belirleme de yapabilir³⁰⁴.

Kanuni karinelerin bir diğer amacının da bazı hukuki kurumları korumak olduğunu söyleyebiliriz³⁰⁵. Zilyetliğin mülkiyete karine teşkil etmesinde, kanun

³⁰⁰ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 72-73.

³⁰¹ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 78;

³⁰² Olasılığın etkili olduğu karinelere Rüegg, ZGB 9 I, 32 II, 252 I, 255 III, 314 I, 566 II, 937 I'i örnek vermektedir. ZGB 3 I, 196 II, 238 II, 629 II, 670, 930 I/II 931 I /II'yi de olasılığın etkili olmadığı karinelere örnek olarak göstermektedir. Bkz. Rüegg, **a.g.e.**, s. 16.

³⁰³ Guggenbühl, **a.g.e.**, s.78; Rüegg, **a.g.e.**, s. 16.

³⁰⁴ Guggenbühl, **a.g.e.**, s.78.

³⁰⁵ Kummer, Art 8, N. 328; Koçhisarlıoğlu, **a.g.m.**, s. 277; Kuhn, **a.g.e.**, s. 101. Karinelerin hukuki görünüşe güveni ve hukuki barışı sağladığına ilişkin olarak bkz. Topuz, **a.g.e.**, s. 62-63. Belgesay'a göre kanun koyucu kanuni karinelerle ihtilafli konularda ispata yönelik bir düzenleme yapmaktan daha çok kişilerin medeni hallerinde (soybağına dair gereksiz ihtilaflara engel olmak adına babalık karinesi) , mülkiyette istikrar ve güveni sağlamak (zilyetlik karinesi) gibi sosyal düşüncelerle düzenlemeler yapmayı tercih etmiştir. Bkz. Belgesay, **Şerh**, s. 16. TBK 2/1, 17/1, 327/2, 367'de karineler yardımıyla bir sözleşmenin mevcudiyeti veya devamı sağlanmaktadır. Bkz. Karakaş, **a.g.m.**, s. 739.

koyucu, hem mülkiyet hakkına hem de zilyetliğe dair bir hukuki koruma sağlama çabasıdır. Bu karineyle hukuki güvenlik de sağlanmak istenmektedir³⁰⁶.

Aşağıda aksi ispat edilebilen kanuni karinelerin hukuki niteliğini ele alırken bu kuralların özel nitelikte ispat yükü kuralları olduklarını ifade edeceğiz. Aslında kanun koyucu karine düzenlemek yerine ispat yükü kuralıyla ispat yükünün kimin üzerinde olmasını istiyorsa ona bu yükü yükleyebilirdi. Ancak kanun koyucu kural koyma tekniği bakımından kanuni karineleri tercih etmiştir. Çünkü deneyimlerine dayalı olarak bir çıkarımın mümkün olduğunu kabul etmektedir. Bundan dolayı, ispat yükünü ancak belli bir unsurun gerçekleşmesi durumunda karşı tarafa yüklemektedir³⁰⁷.

Karinelere ilişkin genel bir bakışın ardından karinelerin çeşitlerini ele alarak, bu karinelerin hukuki niteliğine, hukuk muhakemesinde etkilerine, hükümsüz hale gelmesine değinebiliriz. Karine kavramına, karinenin hukuki niteliğine ve karinenin etkilerine dair farklı görüşler olsa da karinelerin çeşitlerine ilişkin büyük oranda görüş birliği mevcuttur³⁰⁸. Karineler, kanunda düzenlenmiş olup olmadıklarına göre, kanuni karineler (*gesetzliche Vermutungen*) ve fiili karineler (*tatsächliche Vermutungen*) olarak ikiye ayrılmaktadır. Karine sonucunun konusuna göre de hak karineleri (*Rechtsvermutungen*) ve olay karineleri (*Tatsachenvermutungen*) olarak sınıflandırılmaktadır³⁰⁹. Karineler ayrıca, aksinin ispat edilebilip edilememesi açısından aksi ispat edilebilen karineler (adi karineler, *widerlegbare Vermutungen*) ve aksi ispat edilemeyen karineler (kesin karineler, *unwiderlegbare Vermutungen*)

³⁰⁶ Kuhn, **a.g.e.**, s. 101. Rüegg de ZGB 9 I'de resmi senetlere bağlanan karineyle karinelerin bir diğer amacı olan üçüncü kişilerin güveninin korunacağını belirtmiştir. Bkz. Rüegg, **a.g.e.**, s. 20. Bu amaç için Karakaş, TMK m. 7/1, 992/1, TBK 196/3, 544, 637/3'i örnek olarak vermektedir. Bkz. Karakaş, **a.g.m.**, s. 739. Koçhisarlıoğlu, hukuki kurumların yetersizliğinden dolayı karinelerin kabul edilmiş olacağını, önceki BK m. 96 çerçevesinde ele almıştır. Bkz. Koçhisarlıoğlu, **a.g.m.**, s. 277-278.

³⁰⁷ Holzhammer, **a.g.m.**, s. 207. Karinelerin delil ikame yükünü ve ispat yükünü belirleme amacı için bkz. Strong, **a.g.e.**, s. 520.

³⁰⁸ Daenzer, **a.g.e.**, s. 1; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 165; Atalay, **a.g.e.**, s. 46-47; Prütting, **a.g.e.**, s. 61; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 225; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 11-12.

³⁰⁹ Serozan bu ayrımı olgusal karine ve hukuki karine olarak yapmaktadır. Olgusal karine (ölüm karinesi gibi) belirli bir maddi olguyu mevcut kabul ederken, hukuki karine (mülkiyet ya da babalık gibi) belirli bir hukuki konumu mevcut kabul etmektedir. Bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 15.

olarak da iki kısımda incelenmektedir. Aksi ispat edilebilen karineleri ikinci kısmın devamında, kesin karineleri ve fiili karineleri üçüncü kısımda ele alacağız.

II. AKSİ İSPAT EDİLEBİLEN KANUNİ KARİNELER

A. GENEL OLARAK

Karinelerin hukuki niteliği ve etkileri açısından yapılan incelemede karinelerin aksinin ispatının mümkün olup olmadığı hususu belirleyici bir etkiye sahiptir. Kanun koyucunun karinelerin aksini ispata cevaz verdiği genel olarak kanun metninden anlaşılabilir. Şayet karinenin aksinin ispat edilebilen bir karine olup olmadığı kanun metninde açıkça anlaşılamiyorsa yorum yapılarak karinenin ne tür bir karine olduğu belirlenecektir³¹⁰. Karinenin aksi ispat edilebilen veya aksi ispat edilemeyen bir karine olduğuna dair şüphe söz konusuysa aksi ispat edilebilir karine olduğu kabul edilmelidir³¹¹. Çünkü, asıl olan karinelerin aksinin ispatının mümkün olmasıdır.

Aksi ispat edilemeyen karinelerde kaçınılmaz belirli bir sonuç öngörülmüş ve kanun bu karineler için aksini ispatı imkansız kılmıştır³¹². Aksi ispat edilebilen karinelerde ise, kanun koyucu karinenin aksini ispatı caiz görmekte ve karine temelinin karşı ispatı ya da karine sonucunun aksini ispat faaliyetiyle karine sonucunun doğmasına engel olunmasına imkan tanımaktadır³¹³.

³¹⁰ Guggenbühl, **a.g.e.**, s 84.

³¹¹ Guggenbühl, **a.g.e.**, s 84; Stein, Jonas, **a.g.e.**, s. 788; Özekes, **FSEK**, s. 84; Topuz, **a.g.e.**, s. 68.

³¹² Bkz. Üçüncü Bölüm: Kesin Karineler.

³¹³ Bkz. İkinci Bölüm: Aksi İspat Edilebilen Karinelerin Hükümsüz Kılınması.

B. AKSİ İSPAT EDİLEBİLEN KANUNİ KARİNELERİN UNSURLARI

Kanuni karinelerde karinenin uygulama alanı bulabilmesi, hukuki sonucun doğabilmesi için üç unsurun bulunması gerekmektedir: Karine temeli, karine sonucu ve fiili belirsizlik³¹⁴.

1. Karine temeli

Tüm aksi ispat edilebilen karinelerin -olay ve hak karinelerinin- karakteristik unsuru koşul vakıa veya öncül olarak adlandırılan, karine normunda yer alan karine temelidir (*Vermutungsbasis, factum probans*)³¹⁵. Hakim, hukuk kurallarının unsurlarının somut olayda gerçekleştiğine ikna olduğu takdirde bu kuralları uygulayacağı gibi, karine normunu da karine temelindeki vakıanın gerçek olduğuna ikna olduğu takdirde uygulayacaktır³¹⁶. Karine temelindeki vakıa çekişmesizse, ikrar edilmişse, bu vakıanın ispatına gerek olmadan, karine uygulanabilecektir.

Karine temelinin ispatının ardından, karine sonucu uygulanacağından karinelere teknik özelliğini asıl olarak karine temeli kazandırmaktadır. Nitekim aşağıda aksi ispat edilebilen karinelerin hukuki niteliğini incelerken değinecek olduğumuz özel nitelikte ispat yükü nitelendirmesinde de, bizim bu sonuca ulaşmamızda etkili olan hususlardan biri karine temelinin karinelerde bulunma ve ispat edilme gerekliliğidir. Karinelerin karakteristik unsuru olan karine temeli, eksik

³¹⁴ Karinelerin unsurları için bkz. Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 22-25; Atalay, **a.g.e.**, s. 48; Topuz, **a.g.e.**, s. 72-75; Rüegg, **a.g.e.**, s. 43 vd.

³¹⁵ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 22, 40; Holzhammer, **a.g.m.**, s. 205; Rüegg, **a.g.e.**, s. 43; Prütting, **a.g.e.**, s. 76; Plosz, **a.g.m.**, s. 38; Gierk, **a.g.e.**, s. 39; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 261; Topuz, **a.g.e.**, s. 72.

³¹⁶ Prütting, **a.g.e.**, s. 62; Rüegg, **a.g.e.**, s. 43; Winkler, **a.g.e.**, s. 5; Topuz, **a.g.e.**, s. 72. “*İİK. 'nun 97/a maddesinin 1. fıkrasında öngörülen 'bir taşınır malı elinde bulunduran bir kimse onun maliki sayılır.' Hükmü uyarınca mülkiyet karinesi 3. kişi yararınadır. Davacı alacaklı bu yasal karinenin aksini, diğer anlatımla hacizli malın borçluya ait olup 3. kişinin elinde bulunmasını haklı gösterir hukuki ve fiili sebep ve olayları ispat edememiştir. Aksine bu makinanın borçluya ait iken borcun doğumundan önce 7.2.2001 tarihinde borçlu şirket yetkili temsilcisi tarafından davalı şirkete satılarak zilyetliğinin devredildiği (MK md.763), bu güne kadar borçlu tarafından mülkiyet ve istirdat davası açılmak suretiyle çekişme yaratılmadığı dosya içeriğindeki belge ve bilgilerden anlaşılmaktadır.*” 21. HD., 9.6.2005, E. 2005/3666, K. 2005/5880 (İlmi ve Kaza İçtihatlar Dergisi, 2006/541, s. 4155-4156).

olan karineleri sözde karine olarak nitelendirmekte ve teknik anlamda karine olarak kabul etmemekteyiz.

İspatın konusu hakkında yaptığımız açıklamalarda, ispatın konusunu vakıaların teşkil edeceğini belirtmiştik³¹⁷. Hak ve olay karinelerinde ispat edilmesi gereken kısım olan karine temelini de vakıalar oluşturmaktadır. Karineler genel olarak tek vakıadan oluşan karine temelini barındırmaktadır. Ancak bazen kanun koyucu birden fazla vakıaya karine temelinde yer vermiş olabilir. Karine temeli içerdiği vakıa sayısına göre bir veya birden çok unsurlu karine olarak adlandırılabilir³¹⁸. İki vakıadan oluşan karine temeline örnek olarak TMK m. 862'deki karineyi verebiliriz: *“Rehnin kuruluşu sırasında makine, otel döşeme eşyası gibi açıkça eklenti olarak gösterilen ve tapu kütüğünde beyanlar sütununa yazılan şeyler, kanuna göre bu nitelikte olamayacakları ispat edilmedikçe eklenti sayılır.”* Eklenti sayılma hukuki sonucuna ulaşmak için rehnin kuruluşu sırasında açıkça eklenti olarak gösterilmek ve tapu kütüğünde beyanlar sütununa yazılmış olmak vakıalarının ispatı gerekmektedir. O halde kanun koyucu burada ispatı gereken iki vakıayı karine temeline yerleştirmiştir.

Olay karinelerinde karine temelinde yer alan vakıanın karine sonucundaki vakıadan bağımsız, yabancı bir vakıa olması gerekmektedir³¹⁹. Hak karinelerinde de karine sonucundaki hakka temel teşkil eden karine temelindeki vakıa, karine sonucunun doğması gereken şartlardan farklı bir sebeptir³²⁰. Zilyetliği mülkiyete karine kabul eden kanun koyucu, mülkiyetin kazanılma hallerinden birinin zilyetlik olmadığını bilmektedir. Ancak, karine kuralı ile bu duruma, karine sonucunu ortaya çıkaracak bir güç vermiştir³²¹.

³¹⁷ Bkz. Birinci Bölüm: İspat Kavramı ve İspat Türleri.

³¹⁸ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 22.

³¹⁹ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 203; Leipold, **a.g.e.**, s. 92; Topuz, **a.g.e.**, s. 72; Prütting, **a.g.e.**, s. 62. Aksi görüş için bkz. Gierk, **a.g.e.**, s. 20. Prütting, **a.g.e.**, s. 62

³²⁰ Prütting, **a.g.e.**, s. 62; Kummer, Art 8, n. 333.

³²¹ Prütting, **a.g.e.**, s. 62; Winkler, **a.g.e.**, s. 5; Kummer, Art 8, N. 333.

2. Fiili Belirsizlik

Olay ve hak karinelerinin unsurlarından bir diğeri olan fiili belirsizlik (*tatsaechliche Ungewissheit*), karineye sıkı bir şekilde bağı olan, karine normdaki hukuki sonucun doğabilmesi için asıl ispat konusu vakıanın belirsiz olmasını gerektiren, karine sonucu hakkındaki belirsizlikle ilgili olan bir unsurdur³²². Fiili belirsizlik, olay karinelerinden farklı olarak, hak karinelerinde belli bir koşul vakıanın şartlarıyla ilgili değil, aksine bir hakkın veya hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına dairdir³²³.

Somut olayda karine sonucu belirsiz değilse, ispatlanmışsa, ikrar edilmişse yahut aksi ispatlanmışsa söz konusu karineye dayanılmasına gerek olmayacağı gibi bu karinenin karara esas alınması da mümkün değildir³²⁴. Keza karineyi tanımlarken, etkilerini incelerken karine sonucundaki bu belirsizliğin mevcut olduğunu kabul ederiz. Zaten öldüğü bilinen bir insan için ölüm karinesini işletmenin hukuk düzeninde bir anlamı olmayacağı gibi, zilyet olduğunu ispat ederek mülkiyet karinesinden faydalanacak olan kişinin malik olduğu biliniyorsa mülkiyet karinesi veya DNA testiyle³²⁵ babasının kim olduğu bilinen bir çocuk lehine babalık karinesi uygulanmayacaktır.

³²² Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 23, 41; Atalay, **a.g.e.**, s. 48; Başözen, **a.g.e.**, s. 68-69; Prütting, **a.g.e.**, s. 61, 67, 77; Topuz, **a.g.e.**, s. 74-75, 103.

³²³ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 41.

³²⁴ Borcun sona erdiği (ifa, ibra, takas gibi sebepler) ispat edildiği takdirde karinenin uygulanmasına gerek kalmamaktadır. Bkz. Topyz, **a.g.e.**, s. 75.

³²⁵ Çağımızın en önemli ilerlemelerinden biri olarak kabul edilen DNA konusundaki incelemelerde babalığa dair alınan sonuçlar %100 gibi mutlak bir kesinliğe varmış olmasa da, %94-%99,9'a varan sonuçlara ulaşabilmektedir. DNA testinin adli davalarda bir ispat aracı olarak kullanılması hakim bilirkişi raporuyla bağı olmadığı kuralının uygulanmasında tartışmalara yol açmıştır. DNA testi ise hakim kendi başına aksine karar verebileceği bir rapor değildir. Çünkü hakim uzmanlık gerektiren bu rapordaki incelemenin esasına girerek sonucun doğruluğunu denetleyemez. Bkz. Rifat Erten, Birsen Acır, Sema Taşveren, "GEN (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", **AÜHF**, 1996/1-4, s. 585-587.

3. Karine sonucu

Olay ve hak karinelerinde yer alması gereken üçüncü unsur ise karine sonucudur (*Vermutungsfolge, factum probandum*)³²⁶. Olay ve hak karineleri karine sonucu açısından farklılık gösterdiğinden her iki karineyi de ayrı ayrı ele almak istiyoruz.

Olay karinelerinde karine sonucunu, bir vakıanın mevcut olması veya mevcut olmaması oluşturmaktadır³²⁷. Olay karineleri sıradan vakıa düzenlemesi olmadıklarından ve bir hukuk kuralı olmalarının gereği olarak, karine sonucunda yer alan vakıanın genel ve soyut olması gerekmektedir³²⁸. Kanun bazı durumlarda karine sonucunda iki farklı vakıa yerleştirmiş olabilir. İİK m. 280/3'te: “Üçüncü şahsın borçlunun alacaklılarını ızzar kasdını bildiği ve borçlunun da bu hallerde ızzar kasdıyla hareket ettiği kabul olunur” ifadesiyle karine sonucu iki vakıalı olan bir karine düzenlenmiştir³²⁹.

Hak karinelerinde karine sonucunun konusunu bir hakkın veya hukuki ilişkinin mevcut olması veya mevcut olmaması oluşturmaktadır³³⁰. Hak karineleri bir hakkın veya hukuki ilişkinin meydana geldiğini, meydana gelme şartlarını ifade eden kurallar olmadıkları gibi, bir hakkın veya hukuki ilişkinin ortadan kalktığını veya meydana gelmediğini düzenleyen kurallar da değildir³³¹. Hak karineleri şimdiki zamanda bir hakkın mevcut olup olmadığı sorusuyla ilgilendiklerinden ve karine sonucu ile karine temeli arasındaki ilişki kanun yapma tekniğinden

³²⁶ Topuz, **a.g.e.**, s. 73, 99.

³²⁷ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 24; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 167; Topuz, **a.g.e.**, s. 73; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 203; Musielak, **Beweislast**, s. 48; Musielak, **Grundkurs**, s. 285; Siegrist, **a.g.e.**, s. 233; Habscheid, **a.g.e.**, s. 387; Leipold, **a.g.e.**, s. 81.

³²⁸ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 24-25.

³²⁹ “Yasa koyucu bu hüküm ile alacaklı yararına iki yanlı bir karine getirmiş olup, bir taraftan borçlunun alacaklılarını ızzar kasdı ile hareket ettiğini diğer taraftan da üçüncü kişinin bu kasdı bildiğini kabul ederek alacaklıyı ispat külfetinden kurtarmıştır.” 15. HD., 2.12.2003, E. 2003/5803, K. 2003/5683 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). “Ticari işletmeyi satın alan kişinin, borçlunun alacaklılarını ızzar kasdını bildiği ve borçlunun da bu hallerde ızzar kasdıyla hareket ettiği yasadaki “karine” olarak kabul edilmiştir.” 15. HD., 8.4.1999, E. 1999/555, K. 1999/1304 (Yasa Hukuk Dergisi, 2000/221, s. 614).

³³⁰ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 42; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 227; Gierk, **a.g.e.**, s. 37; Topuz, **a.g.e.**, s. 99.

³³¹ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 227; Gierk, **a.g.e.**, s. 36-37; Topuz, **a.g.e.**, s. 100.

kaynaklandığından, karine sonucunda yer alan hakkın meydana gelme şartlarına ilişkin kanun metninden bir cevap alınamaz³³². Zilyetliğin mülkiyete karine teşkil etmesinde, mülkiyetin işgalle mi, zamanaşımıyla mı yoksa başka bir yolla mı iktisap edildiği anlaşılamamaktadır. Kanun zilyetliğin ispatıyla mülkiyetin mevcut olduğunu kabul ederek, hakkın mevcut olduğunu şimdiki zaman için kabul etmiş ve hakkın nasıl meydana geldiğine dair bir belirlemeye gerek duymamıştır.

C. AKSİ İSPAT EDİLEBİLEN KANUNİ KARİNELERİN TÜRLERİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Aksi ispat edilebilen kanuni karineler, karine sonucunun konusu bakımından hak karineleri ve olay karineleri olarak ayrılmaktadır. Karine temelindeki vakıanın ispatıyla karine sonucunda bir hak, hukuki ilişki mevcut kabul ediliyorsa, hak karinesi söz konusu olurken; karine sonucunda fiili bir süreç varsayıldığında olay karinelerinden bahsederiz³³³.

Hak ve olay karinelerinin hukuki yapıları ve etkileri oldukça benzerdir. Olay karineleri ile hak karineleri arasındaki fark vakıalar ve haklar arasındaki fark gibidir³³⁴. Her iki karinenin iddia yüküne ve ispat yüküne etki açısından farklılıkları bulunmamaktadır³³⁵. Aşağıda yapacağımız incelemelerde de görüleceği üzere, bu iki karine türü de özel nitelikte ispat yükü kuralıdır³³⁶.

Hak karineleri ve olay karineleri ayrımının sebeplerinin büyük bir çoğunluğu teorik tartışmalardır. Olay karinelerinde varsayılan vakıanın yalnızca karinenin kapsamında yer almasına karşın, hak karinelerinin hakkı meydana getiren tüm

³³² Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 43; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 227; Topuz, **a.g.e.**, s. 100. Bu durumda hak karinelerini ikrara benzetmektedir. Bkz. Winkler, **a.g.e.**, s. 6; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 229.

³³³ Prütting, **a.g.e.**, s. 61; Goldmann, **a.g.e.**, s. 4; Prütting, Gehrlein, **a.g.e.**, s. 852;

³³⁴ Prütting, **a.g.e.**, s. 82; Hans-Joachim Musielak, Max Stadler, **Grundfragen des Beweisrechts**, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1984, s. 143.

³³⁵ Goldmann, **a.g.e.**, s. 33-37.

³³⁶ Musielak, **Beweislast**, s. 48; Leipold, **a.g.e.**, s. 48; Stein, Jonas, **a.g.e.**, s. 790.

vakıaların karinenin kapsamı dahilinde olup olmadığı tartışılmaktadır³³⁷. Bunun devamında hak karineleri karine sonucunda hukuki nitelendirme yaptıklarından olay karinelerinden farklı olarak hakimin hukuku uygulama görevini üstlenip üstlenmedikleri ve bu durumun sonucu olarak hak karinelerinin sözleşme ile belirlenip belirlenemeyeceği de tartışılan hususlar arasındadır³³⁸.

Aksi ispat edilebilen karinelerin türlerini olay karinelerinden başlayarak inceleyelim.

1. Aksi İspat Edilebilen Olay Karineleri

a. Kavram

Belli bir hukuksal sonucun doğması için varlığı gerekli olumlu veya olumsuz vakıanın mevcut olduğunun, varlığı bilinen başka bir vakıadan çıkarılmasını sağlayan hukuk kuralları olay karineleridir (*widerlegbare Tatsachenvermutung, Beweisvermutung, Praesumptio facti*)³³⁹. İspat yükü kuralları gibi karar verme kuralları olan olay karineleri, varsayılan vakıanın varlığı hakkında gündeme gelen ve hukukun uygulanması amacıyla hakime emir veren kurallardır³⁴⁰.

Olay karinelerine örnek olarak, TMK m. 31'de (ZGB Art. 32) yer alan ölüm karinesini verebiliriz³⁴¹. “*Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren*

³³⁷ Musielak, Stadler, **a.g.e.**, s. 143; Topuz, **a.g.e.**, s. 102.

³³⁸ Bkz. II. Bölüm: Karinelerin Kaynakları. Goldmann hak karineleri ve olay karineleri arasındaki bir farkın, olay karinelerinin sadece medeni hak uyuşmazlıklarında söz konusu olabilirken, hak karinelerinin bu alan dışında da uygulanabilmesi olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Goldmann, **a.g.e.**, s. 53.

³³⁹ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 167; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 203; Musielak, **Beweislast**, s. 48; Musielak, **Grundkurs**, s. 285; Siegrist, **a.g.e.**, s. 233; Habscheid, **a.g.e.**, s. 387; Hans-Joachim Musielak, **Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 9. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2012, s. 993. Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 661; Prütting, Gehrlein, **a.g.e.**, s. 852; Prütting, **a.g.e.**, s. 61, 75; Guggenbühl, **a.g.e.**, s.11; Leipold, **a.g.e.**, s. 81; Fasching, **a.g.e.**, s. 456; Gierk, **a.g.e.**, s. 21; Edis, **a.g.e.**, s. 374; Topuz, **a.g.e.**, s. 66; Karakaş, **a.g.m.**, s. 737. Olay kelimesi yerine vakıa kelimesini kullanmamıza rağmen, vakıa karinesi değil de olay karinesi demeyi olay karinesinin yerleşmiş bir terim olmasından dolayı tercih ediyoruz.

³⁴⁰ Prütting, **a.g.e.**, s. 75.

³⁴¹ Muşul ölüm karinesini fiili karine olarak kabul etmektedir. Bkz. Muşul, **Usul**, s. 325. Ölüm karinesinin fiili karine olarak kabul edilebilmesi için böyle bir karinenin kanunda düzenlenmemiş

durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunmamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır.” Bu karinede, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolmak karine temeli teşkil etmektedir. Bu vakıanın ispatının ardından ölüm vakiasının gerçekleşmiş olduğu sonucu çıkarılmaktadır. Yani karinenin sonucunu ölmüş olmak oluşturmaktadır. Karine sonucunda bir olay, fiili bir süreç varsayıldığı için TMK m. 31’deki karine bir olay karinesidir.

TMK m. 287/II’de, “*Evlenmeden başlayarak en az yüzseksen gün geçtikten sonra ve evliliğin sona ermesinden başlayarak en fazla üçyüz gün içinde doğan çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüş sayılır.*” Bu karinede, karine sonucunu evlilik içinde ana rahmine düşmek oluşturmaktadır. Burada da karine sonucunda fiili bir süreç varsayılmıştır.

TBK’den olay karinelere örnek olarak m. 104/3’te düzenlenmiş olan “*Borç senedi borçluya geri verilmişse, borç sona ermiş sayılır.*” hükmü verilebilir. Bu karine hak karinesi olarak da ele alınabilir. Senedin verilmesiyle ödeme sonucu, yani itfanın süreci esas alındığında bir olay karinesi söz konusuysen, hakkın sona ermesi esas alındığında bir hak karinesi söz konusu olmaktadır³⁴². Burada karine temeli açısından dikkat edilmesi gereken husus, karine temelinin borç senedi üzerindeki borçlunun zilyetliği değil de, borç senedinin borçluya iadesi olduğudur³⁴³.

Alman hukukunda olay karinelere verilen önemli bir örnek BGB § 1117/3’tür. Alacaklı ipotekli borç senedinin zilyedyise, bu durum senedin tesliminin yapıldığına dair karine teşkil eder. Burada da karine sonucu olarak teslim yapıldığı

olması ve hakimın tecrübe kurallarına dayalı olarak ölmüş sayılma sonucunu çıkarması gerekirdi. Bu karine kanunda düzenlenmiş olduğundan dolayı kanuni bir karine olduğu kanaatindeyiz.

³⁴² Guggengühl, **a.g.e.**, s. 42; Karakaş, **a.g.m.**, s. 738. Topuz TBK m. 104’ü bir olay karinesi olarak kabul etmektedir. Bkz. Topuz, **a.g.e.**, s. 73.

³⁴³ Borç senedi üzerinde zilyetlik borcun sona ermesine karine teşkil etmiş olsaydı, gerçekte bir borç senedi düzenlenmemiş olsa bile, sonradan bir borç senedi düzenlenerek karine kötüye kullanılabilirdi. Ayrıca borç senedi üzerindeki zilyetliği borçlu herhangi bir sebeple kaybetse dahi, karinenin devamı için zilyetliğin sürekli kalması gerekmeyeceği için, karine varlığını devam ettirir. Bkz. Mustafa Alper Gümüş, Makbuz Verilmesi ve Borç Senedi İadesine Bağlanan Yasal Karineler (BK m. 88), **MÜHF-HAD**, C. 17, s. 351-375, s. 366.

varsayılmakta ve fiili bir süreç karine sonucunu oluşturduğu için olay karinesi örneği olarak kabul edilmektedir.

b. Aksi İspat Edilebilen Olay Karinelerinin Hukuki Niteliği

Aksi ispat edilebilen olay karinelerinin hukuki niteliğine dair tartışma bu normların ispat yükü kuralı mı yoksa ispat kuralı mı oldukları noktasında toplanmaktadır³⁴⁴. Bu teorik tartışma pratik açıdan da önem taşımakta ve yargılamada karinelerin etkisinin ne yönde olacağına yönelik incelemede yol gösterici olmaktadır.

Bir görüş olay karinelerinin karine sonucunu ispatlayıcı etkiye sahip olduklarından dolayı, ispat kuralı olduğu³⁴⁵, diğer görüş ise olay karinelerinin ispat kuralı niteliğinde kurallar olmadığı ve ispatlayıcı etkilerinin de bulunmadığı, ispat yükü niteliğinde kurallar olduğu³⁴⁶ yönündedir. Üçüncü bir görüş ise olay karinelerinin ispat yükü kuralı olduğunu ancak genel ispat yükü kurallarından farklı özelliklerinden dolayı özel nitelikte ispat yükü kuralı olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir³⁴⁷.

³⁴⁴ Aksi ispat edilebilen karinelerin ispat yükü kuralı mı, özel nitelikte ispat yükü kuralı mı yoksa ispat kuralı mı oldukları yönündeki tartışmalar için bkz. Topuz, **a.g.e.**, s. 77 vd.

³⁴⁵ Siegrist, **a.g.e.**, s. 214; Umar, **a.g.e.**, s. 587; adi kanuni karineler aksi ispat edilebilene kadar delil teşkil ederler Kuru, **a.g.e.**, s. 2013.; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 304-305. “*Kanuni karineler, tecrübe kaideleri gibi mevcudiyeti halinde iddia edeni ispat külfetinden muaf tutan yardımcı deliller de vardır.*” İsmail Hakkı Karafâkih, “Vasıtalı Deliller”, **Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından, Ankara, 1964, s. 170. Fransız hukukunda karinelerin delil olarak kabul edilmesine ilişkin bkz. Haluk Konuralp, **Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 8.

³⁴⁶ Bir vakianın varlığına dair karine varsa bu vakia ispata ihtiyaç duymaz Blomeyer, **a.g.e.**, s. 354; Prütting, Hanns, Gehrlein Markus, **ZPO Kommentar**, 4. Auflage, Luchterhand, 2012, s. 851; ispat yükü kuralları karineler şeklinde düzenlenebilirler Habscheid, **a.g.e.**, s. 387; von Greyerz, **a.g.e.**, s. 70; Helmut Donau, “Die Bedeutung von Fiktionen, Vermutungen und Auslegungsregeln im summarischen Prozess”, **ZZP** 67. Band, Heft 6/1954, s. 458; adi karinenin işlevi ispat yükünün kimin sırtına yüküneceğini belirlemektir Serozan, **a.g.e.**, s. 15; kanuni karinelerin rolü bir olayı diğerinin kesin delili saymak değil, ispat yükünü bu karineye dayanan kimseden diğerine geçirmektir Belgesay, **Şerh**, s. 16; Gierk, **a.g.e.**, s. 22; Karakaş, **a.g.m.**, s. 743.

³⁴⁷ Leipold, **a.g.e.**, s. 81-93; Prütting, **a.g.e.**, s. 66-72; Rüegg, **a.g.e.**, s. 53, 58; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 35 vd.; Kuhn, **a.g.e.**, s. 99; karine şeklindeki özel bir ispat kuralı sebebiyle... Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 683; Topuz, **a.g.e.**, s. 91-95; “*FSEK m. 76/III son cümle, ispat yükünün özel bir hali olan karineye bağlayarak...*” Özkes, **FSEK**, s. 64; Stein, Jonas, **a.g.e.**, s.790; “*Kanun koyucu asıl uygulanacak normdaki koşul vakia bakımından özel bir ispat yükü kuralı niteliğinde bir hükümle*

Bu görüşlerin aksine doktrinde dördüncü bir görüş, kanuni karinelerin ispata ilişkin düzenlemeler olmadığı, ispat yükü konusundaki ana kuralın istisnasını teşkil etmediğini, ispat konusunu değiştirici etkisinin bulunduğu yönündedir³⁴⁸.

Kanuni karinelerin hem ispat hem de ispat yükü kuralı olduğunu söylemek ise mümkün değildir. İspat kuralları belirli ispat araçlarının ispat değerini tespit eden kurallardır³⁴⁹. İspat yükü kuralları ise belirsizlik durumunda hakime ispat yükü üzerinde olan taraf aleyhine karar verme yetkisi veren kurallardır³⁵⁰. Yargılamada belirsizlik durumunun doğmaması için var olan ispat kuralıyla, böyle bir belirsizlik durumunda bu belirsizliği çözmek için var olan ispat yükü kuralının aynı kural olmasına imkan yoktur.

(1) Aksi İspat Edilebilen Olay Karinelerinin İspat Yükü Kuralı Olarak Nitelendirilmesi

Holzhammer³⁵¹, karine kurallarında karine temelinin koşul vakıa olduğunu, yani bir hukuk kuralının uygulanabilmesi için bu koşul vakıanın-karine temelinin-ispatlanması gerektiğini ifade etmektedir. Bunun neticesi olarak karine lehine olan taraf karine temelini iddia ve ispat konusu yapmalıdır. Çünkü, karine temeli

yasal bir karine düzenlemişse...” Atalay, **a.g.e.**, s. 52. Kanuni karineler genel ispat yükü kurallarından ayrılarak aksi ispat edilene kadar varsayılan vakıayı hakikat saymaktadır ve karşı tarafa bu vakıanın mevcut olmadığına dair ispat yükü yüklenmektedir. Nihayetinde kanuni karinelerle kanun koyucu ispat yükü dağılımı yapmaktadır. Bkz. Guldener, **Zivil**, s. 326; Kummer kanuni karineleri ispat yükü kuralı olarak kabul etmekle birlikte bu kuralların normal ispat yükü kurallarından hem daha çok hem daha az karışık olduklarını, ispat yükü kurallarını aştıklarını, karşı taraf aksini ispat edene kadar olumlu bir düzenleme getirdiklerini ifade etmektedir Kummer, Art 8, N. 352. Koçhisarlıoğlu’na göre, özel nitelikteki ispat yükü kuralları karinelere ayrı olarak düşünülmelidir. Bu bağlamda Koçhisarlıoğlu’na göre, eBK m. 96-TBK m. 112’de karine değil de özel ispat yükü kuralının varlığı kabul edilirse hakim davanın başında borçlunun kusurunu varsaymak zorunda değildir. İspat yükü üzerinde olan borçlu ispat faaliyetinde başarısız olursa karar aşamasında kusurun varlığı kabul edilmesi gerekmektedir. Bkz. Koçhisarlıoğlu, **a.g.m.**, s. 275-276.

³⁴⁸ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 217 vd.; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 174-177; Taşpınar, **a.g.e.**, s. 154-155. Aynı yönde bkz. Başözen, **a.g.e.**, s. 76-77; Plosz, **a.g.m.**, s. 21, 33.

³⁴⁹ Leipold, **a.g.e.**, s. 80; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 220. Bu kurallar yargılamaya dair vakıa tespitine ilişkin ispat faaliyetiyle de ilgilidir. Bkz. Leipold, **a.g.e.**, s. 59, 80.

³⁵⁰ Leipold, **a.g.e.**, s. 80.

³⁵¹ Holzhammer, **a.g.m.**, s. 206-207.

gerçekleşmeden hukuki sonuç uygulanmayacaktır. Bu halde karine temelindeki belirsizlik durumunda-non liquet- kaçınılmaz şekilde hukuki sonucun inkarı söz konusu olur. Karine temelinin ispat edilmesi durumunda varsayılan kısımdaki ispat yükü hasım tarafa geçer. Aynı hizmeti normal ispat yükü kuralları da yapabilecek kabiliyettedir. Kanun koyucu kanuni karine yerine ispatsızlığın riskini karşı tarafa yükleyebilirdi. Her ispat yükü kuralı önceden belirlenen ispat yükü dağılımını etkilemeden kolayca kanuni karine şeklinde düzenlenebilirdi. Kanun koyucu karine maskesi altında iki kısımlı ispat yükü kurallarını sunmaktadır. Netice olarak kanuni karinelerin ispat yükü kuralı olduklarını söyleyebiliriz.

Musielak³⁵² de, kanuni karinelerin ispat yükü kuralı olduklarını, kanuni karinelerle vakıa tespiti yapılmadığını ve bundan dolayı da ispat kuralı olmadıklarını ifade etmektedir. Şayet olay karineleri ispat kuralı olarak kabul edilirse, karinelerin ispat yükü olarak kabullerinin sonucu olarak, bu kurallar yardımıyla non liquet durumda karar verme imkanı bulunmayacaktır.

Karinelerin özel nitelikte ispat yükü kuralı olduğu görüşü, karinelerin ispat yükü kuralı oldukları görüşünden genel manada farklılık içermemektedir. Nihayetinde özel nitelikte ispat yükü kabulü, ispat yükü kabulünden sonra gelmektedir.

(2) Aksi İspat Edilebilen Olay Karinelerinin Özel Nitelikte İspat Yükü Kuralı Olarak Nitelendirilmesi

Prütting³⁵³ karinelerin özel nitelikte ispat yükü kuralları oldukları kanaatinde olan yazarlardandır. Prütting bu görüşünü ZPO § 445 ile açıklamaya başlamaktadır. ZPO § 292’de kanuni karinelerde isticvap yoluyla aksi ispat faaliyetinde bulunulabileceği belirtilmektedir. ZPO § 445/I’e göre sadece ispat yükü üzerinde olan taraf isticvaba başvurabilir. ZPO § 292’nin karşı tarafın isticvaba başvurmasını

³⁵² Musielak, **Beweislast**, s. 49-50.

³⁵³ Prütting, **a.g.e.**, s. 66-72.

mümkün kılması, karinelerin karşı tarafa ispat yükünü yüklediğini gösterir. Ancak bu durum varsayılan vakıaya dair karinenin ispatlayıcı etkisi olduğu anlamına gelmez. Çünkü karine varsayılan vakıaya dair ispatlayıcı bir etkiyi haiz olsaydı, karine sonucunun uygulanması hakim inknasına bağlı olurdu. Keza ZPO § 445/2’de yer alan ispatlanmıştır-erwiesen kavramı karinenin ispatlayıcı etkisinin olduğunu göstermez. Ayrıca hakim ispatlanmış olarak kabul ettiği vakıaları çürütmek için, karşı ispat faaliyeti yapılır ve hakimde oluşan kanaatte şüphe oluşturup bu kanaati sarsmak için çabalanır. Halbuki varsayılan vakıalara karşı aksi ispat faaliyeti yürütülür. Bu yüzden varsayılan vakıa ile ispatlanmış vakıayı karinenin etkisinden dolayı eşit tutmak isabetli değildir. Karineler ve ispat yükü kuralları, bir hukuk kuralının koşul vakıasını teşkil eden hususların tespit edilmesine gerek kalmadan varsayılması açısından benzerlik gösterebilir de, karinelerde iki kısım yer alırken (x+y), alışılmış ispat yükü kurallarında sadece (x) unsuru bulunmaktadır. Sonuç olarak, karineler ve ispat yükü kuralları doğaları açısından farklı kurallar olmamakla birlikte, karinelerde yer alan karine temelinden dolayı, olay karinelerinin özel nitelikte ispat yükü kuralı olarak kabul edilmeleri gerekmektedir.

Leipold’a göre³⁵⁴, karinenin aksi ispat edilene kadar, hakim varsayılan vakıanın ispatlanmış olduğunu veya gerçek olduğunu kabul etmiş olsaydı, bu durum olay karinesinin ispatlayıcı etkisini gösterirdi. Bu halde, kanuni karinelerin ispat kuralı olarak kabul edilmeleri, hakim delil değerlendirmesini etkilemeleri ve çıkış vakıasının ispat gücünü düzenlemeleri gerekirdi. Ancak Leipold, karinelerde karine temelini karine sonucunu ispatlayacak bir kuvvete sahip olmadığını, olasılık dışı durumların dahi karine sonucu olduğunu birlikte ölüm karinesini örnek vererek açıklamaktadır. Kanuni karinelerde, varsayılan vakıa somut olarak belirlenmez, yani varsayılan vakıa hakikatte mevcut olan bir vakıa değildir. Varsayılan vakıayı kanun koyucu kanuni karinenin içerisinde karine temelini ispatı sonucunda geçerli kabul etmiştir. Zira, kanuni karineler vakıalarla değil daha çok koşul vakıalarla ilgilidir. Başka bir hukuk kuralının koşul vakıasının belirlenmesi için yargılamada karine kullanılmakta ve varsayılan vakıa ele alınmaktadır. Böylelikle kanuni karineler

³⁵⁴ Leipold kanuni karineleri şarta bağlı ispat yükü kuralları olarak kabul etmektedir. Bkz. Leipold, **a.g.e.**, s. 81-93

hakime kararında koşul vakıanın mevcudiyetine dair emir vermektedir. Bundan dolayı da kanuni karineler vakıa tespiti alanında, delillerin değerlendirilmesi aşamasında değil, ispat yükü kuralları gibi hukuki sonuç-hüküm verme aşamasında etkili olur. Hülasa, karine sadece belirli olaylar için ve varsayılan vakıanın bağlı olduğu hukuki sonucun tekliği için geçerlidir.

Leipold kanuni karinelerin ispat yükü kuralları olduklarını belirledikten sonra normal ispat yükü kurallarından farklı özellikleri olduğunu da belirtmektedir³⁵⁵. Kanuni karineler özellikli yabancı unsurlara bağlılığı açısından alışılmış ispat yükü kurallarından farklılık arz eder. Kanuni karinelerin etkisi sadece belirli durumlar için mümkündür. Diğer durumlarda ise genel ispat yükü kuralları uygulanır. Karine temelinin ispatıyla ispat konusu değişir ancak bu durum karinelerin ispat yükü kuralı olmadığını göstermez. Karine unsuru ispatlandığında karine sonucu uygulanır ve karinenin etkisi olarak varsayılan vakıanın aksinin ispatına dair ispat yükü ters çevrilir.

Karinelerin alışılmış ispat yükü kurallarından daha ileriye gittiğini ileri süren Kuhn'a³⁵⁶ göre, kanun tarafından varsayılan vakıanın gerçek sayılması karinelere ispat yükü kuralı niteliği kazandırır. Karine kendisine dayanan tarafı ispat yükünden kurtarır ve karinenin aksini iddia eden tarafa ispat yükünü yükler. Belirli vakıaları bazı şartlar altında tarafların iddia ve ispatından kurtararak gerçek kabul ederek hakimi bu vakıalarla bağlı tuttuğu için alışılmış ispat yükü kurallarından daha da ileriye gitmektedir. Hakim sorgulamadan karine sonucundaki vakıayı gerçek kabul ettiğinden burada delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi uygulanmamaktadır. Alışılmış ispat yükü kurallarında hakim ispatın nazara alınmamasına, pozitif bir düzenleme yapılmasına zorlanamaz, aksine vakıanın ispatsızlığı halinde bu kurallar uygulanır ve olumsuz etkiye sahiptir. Normal ispat yükü kuralları sadece bir vakıanın inkar edilmesinden diğerinin onaylanmasına dair sonuç çıkarımı yapıldığı durumunda pozitif etkiye sahip olur. Bu yüzden de genel anlamda pozitif

³⁵⁵ Kanuni karinelerin ve özel nitelikteki ispat yükünün etkisi pozitif kabul etme iken genel kural negatif kabul etmedir. Tüm özel nitelikte ispat yükü kuralları kanuni karine başlığı altında toplanabilir. Bkz. Leipold, **a.g.e.**, s 92.

³⁵⁶ Kuhn, **a.g.e.**, s. 99.

düzenlemeler olan kanuni karineler ispat yükü kuralı olmakla birlikte alışmış olduğumuz ispat yükü kurallarından ayrı özellikler taşır.

(3) Aksi İspat Edilebilen Olay Karinelerinin İspat Kuralı Olarak Nitelendirilmesi

Siegrist³⁵⁷, kanuni karineleri ispat kuralları olarak kabul etmekte ve kanuni karinelerin ispat yükü kuralı olduğuna dair doktrindeki baskın görüşten ayrılmaktadır. Yazarın kanaati şu şekildedir. Kanuni karinede karine temelinin ispatı karine sonucunun ispatı yerine geçen bir emare ispatıdır. Emare mantık çıkarımını sağlayan çıkış noktasını ve sonuç noktası olan emare veya somut olarak ispat edilebilen vakıayı ispat konusu olarak düzenler. Emarede diğer bir vakıa için çıkarılan sonuç bu vakıanın hakikatine dair bir karineyi gerektirir. Belli a vakıasının mevcudiyeti söz konusu olduğunda taraf, hakkını talep etmesi için gerekli vakıa olan b vakıasını ispat etmeden kanun tarafından varsayılan bu vakıaya dayanarak hakkını ileri sürebilir. İşte bu faaliyette karine temeli olan emare vakıanın ispatıyla (karine temelinin ispat ikamesi -Beweissurrogat- olarak kabul etmektedir) bu faaliyet sağlanabilir. İspat faaliyetini yerine getiren taraf için ispat konusunun bu şekilde değişimi ise kolaylıktır. Karineye dayanan taraf kanunun sağladığı bu kolaylıkla hakkını yerine getirmeyi sağlayacak vakıanın tam olarak ispatını yapmadan, karine temelindeki emarenin ispatıyla yapılması gereken ispatın bir kısmını yaparak, karine sonucunun uygulanmasını sağlamaktadır. Kanun koyucu kazai emare değerlendirmesinin üst kuralı olarak belli tecrübe kurallarını genel geçerli olarak düzenlemiştir. Bundan dolayı da kazai emare değerlendirmesinin üst kuralı olan bu tür kuralları kazai karineler olarak kabul edilmektedir.

İspat kurallarında ve kanuni karinelerde, ispat gerekçelerinin (ispat vasıtalarını yazar ispat gerekçeleri olarak adlandırmaktadır) ispat kuvveti hakkında kanuni kurallar bulunmaktadır. İspat kurallarında, ispatın kullanılan delilin ispat yeteneğine bağlılığına dair kurallar yer alırken, kanuni karinelerde, delillerle nadiren

³⁵⁷ Siegrist, **a.g.e.**, s. 214 vd.

ulaşılabilen vakıaların ispatına dair düzenlemeler bulunur. Keza, ispat gerekçelerinin ispat gücü hakkındaki belirli tecrübe kurallarında, mevcut olan ispat kurallarının ve kanuni karinelerin düzenlemesi yapılır. Kanuni karineyle, A vakıası mevcut olduğu takdirde B vakiasının da mevcut olduğu hakim in knası nazara alınmadan kabul edilir. İspatlanan karine temeli, ispatlanmış karine sonucundaki vakıanın hakikatine dair hakim in knasının yerini, kanun aracılığıyla alır. Nihayetinde, kanuni karine, bu anlamda kanuni delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesini delen ve bu ilkeye bir istisna getiren genel bir ispat ikamesi, bir ispat kuralıdır³⁵⁸.

Umar, kanuni karinelerin ispat yükü kuralı olmadıklarını, ispatlayıcı etkiye sahip olduklarını ifade etmektedir³⁵⁹. Yazara göre a vakiasından b vakiasının çıkarıldığı bir karinede, iddia veya savunmasını b vakiasına dayandıran kişi b vakiasını ispat etmek yükü altındadır ve bu vakıayı başka delillerle ispat edebileceği gibi a vakiasını ispat ederek de b vakiasını ispat etmiş sayılacaktır. Bu yüzden de Umar, kanuni karineleri bir seçenek olarak görmekte ve karinelerin ispat yüküne dair yeni bir durum oluşturmadığı kanaatindedir. Keza karine temelindeki a vakiasını ispat edemezse, karine sonucundaki b vakiasını ispat etmesi mümkün olduğundan, karineye dayanan taraf ispat yükünü yerine getiremedi diye aleyhe bir kararla karşılaşmak durumunda değildir. Bu yüzden de m. 190'nın ifadesini hatalı bulmaktadır.

Oğuzman, Barlas da, kanuni karineden maksadın kanunun ispat edilen bir olguyu, aksi sabit oluncaya kadar-ispatı gerekli bir hususun delili saymış olduğunu, bir çocuğun evlilik içinde doğduğunun ispat edilmiş olmasının çocuğun babasının koca olduğuna ve bir kimsenin ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durum içinde kaybolmasının da ölmüş olduğuna delil teşkil ettiği kanaatindedir³⁶⁰.

³⁵⁸ Aksi görüşte olan Plosz'a göre, ispat kurallarında hakime bir rol verilmekte, ispat kuralıyla hakim in ilişkisi olduğunu ifade etmektedir. Halbuki kanuni karinelerde hakime bir rol yüklemeyen karine sonucuna dair bu sonucun kabulüne yönelik emir verilmektedir. Nitekim varsayılan vakıanın yargılamada ispatı gerekmez. Bu cümleden olarak kanuni karineler ispat kuralı değildir. Bkz. Plosz, **a.g.m.**, s. 21, 33.

³⁵⁹ Umar, **a.g.e.**, s. 587.

³⁶⁰ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 304-305.

(4) Aksi İspat Edilebilen Karinelerin İspat Kuralı ve İspat Yükü Kuralı Olmadıkları Yönündeki Görüş

Bu görüşün savunucularından olan Rosenberg, karinenin ispat yükü kuralı olarak nazara alınmasına katılmamakta ve ispat yükü kuralı olarak ele alınmasının sebeplerini belirterek bu kanaatin yanlış olduğunu ifade etmektedir³⁶¹. Yazara göre, karine temelinin ispatının gerekmesi karinelerin ispat yükü kuralı olmalarından kaynaklanmamaktadır. Genel ispat yükü kurallarından bir ayrılma söz konusu olmamaktadır, genel kurala göre karine temelinin ispat yükünü karineye dayanan taraf taşıyacaktır. Daha çok aksi ispat faaliyetinden dolayı karinelerin ispat yükü kuralı oldukları ifade edilmektedir. Oysa ki, karine ispat konusunun değişmesini etkiler, ispat yükünün dağılımını etkilemez.

Taşpınar ve Umar, Yılmaz'a göre³⁶², aksi ispat edilebilen karineler ispat yükü konusunda genel kurala bir istisna getirmemektedir. Karine sonucunda yer alan (a) vakıasına ilişkin ispat yükünü taşıyan tarafa, dilerse (b) olayının ispatıyla yetinme imkanı tanınmaktadır. (a) olayı için ispat yükünü taşıyan taraf (b) olayı için de ispat yükünü taşımaktadır ve (b) olayına ilişkin ispat yükü de herkesin kendi lehine olan öge olayın ispat yükünü taşır genel kuralına uymaktadır³⁶³. Karine olmasaydı, karşı tarafın sahip olduğu karşı ispat olanağı daralır. (b) olayına ilişkin karşı ispat faaliyeti yapılmadan, asıl önemli olan (a) olayının ispatı gerekecek, bu ispat yapıldıktan sonra karşı taraf (a) olayının yokluğunu ispat etmek zorunda kalmadan, yalnızca (a) olayının varlığına dair kuşku gerektirecek başka olayları ispat ederek (a) olayının varlığı konusunda belirsizlik oluşturmakla yetinebilecektir.

Karineler ispat konusunun değişmesi, ispatın kolaylaşması, çekişmeli olayların tespiti gibi yargılamaya ilişkin sonuçlara neden olmakla beraber,

³⁶¹ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 216 vd. Plosz, kanuni karinelerde genel ispat yükü kuralından bir ayrılmanın olmadığını ifade ederken kanuni karinelerin ispat yüküne dair bir istisna getirmediğini, varsayılan vakıaya dair bir hakikat tespiti yapmadığını, hukuki sonucun çıkış vakıalarıyla gerekçelendirmesini sağlamakta olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Plosz, **a.g.m.**, s. 21, 33

³⁶² Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 174-177; Taşpınar kanuni karinelerin tespit gereği konusundaki kuralların istisnası olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Taşpınar, **a.g.e.**, s. 154-155.

³⁶³ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 177.

karinelerin asıl amacı belirsiz ve çözümünü zor olayların tecrübe kurallarının etkisiyle ulaşılan bir kısım genellemelerle daha kolay çıkarım yapılmasının sağlanmasıdır³⁶⁴. Sonuç olarak, aksi ispat edilebilen karinelerin ispat sorunlarını veya ispat yükünün paylaştırılmasını çözmek amacıyla getirilmiş kurallar olmadıkları bu görüşü savunan yazarlarca kabul edilmektedir.

(5) Kanaatimiz

Olay karinelerinin hukuki niteliğine ilişkin görüşlere değinmemizin ardından bu konudaki kanaatimizi açıklamak istiyoruz. HMK m. 190/2’de karinelere dair düzenleme getiren kanun koyucu, bu düzenlemeyi ispat yükü başlığı altında yapmıştır. HMK m. 190/1’de genel olarak ispat yükünden TMK m. 6 paralelinde bahsetmiş, ikinci fıkrada da karinelere dair düzenlemeye yer vermiştir. Bu maddede vurgulanan husus, karine temelini oluşturan vakıya dair ispat yükünün karineye dayanan tarafta olduğu, karşı tarafın da karinenin aksini ispat edebileceğidir. Kanun koyucunun karineleri ispat yükü başlığı altında düzenlemesi, karineleri ispat yükü ailesinin bir üyesi olarak görmesinden kaynaklanabilir³⁶⁵.

Karine temelinin ispatının ardından, mevcut olduğu kabul edilen karine sonucundaki vakıanın, hakikate uygun olup olmadığına dair hakimin bir inceleme yapması söz konusu değildir. Çünkü, kanun verdiği emir gereği, hakime bu vakıayı mevcut olarak kabul etme zorunluluğunu, bu vakıanın hakikate uygun olduğuna dair hakimin ikna olmasını gerekli görmeden yüklemektedir. Dolayısıyla karine sonucundaki vakıaya dair hakim delilleri serbestçe değerlendirme faaliyetini de yerine getirmeden ve ikna olup olmadığına bakmadan bu vakıayı mevcut olarak kabul edecektir. Karine temelindeki vakıanın ispat edilmesiyle karine sonucundaki vakıanın ispatlanmış sayıldığı kabul edildiğinde, hakimin karine sonucundaki vakıanın mevcut olduğuna dair ikna olması gerekebilirdi. Bu durumda, karine sonucunun uygulanmasında delillerin değerlendirilmesinin de söz konusu olması gerekirdi. Ayrıca, taraflar deliller ile vakıa tespiti yapmaktadır. Halbuki olay karineleri, vakıa tespiti yapmaz ve karine sonucuna yönelik hakimin ikna olup

³⁶⁴ Taşpınar, **a.g.e.**, s. 155.

³⁶⁵ Aynı yönde bkz. Topuz, **a.g.e.**, s. 91-92.

olmadığıyla ilgilenmez. İspat yükü kurallarındaki gibi, vakıa sanki mevcutmuş gibi uygulanmaktadır. Nitekim, olay karinelerinde karine sonucunu hakim ikna olup olmasına bakmadan, iura novit curia-hakim hukuku bilir ilkesi gereğince uygulamalıdır.

Olay karinesine dayanan taraf karine temelini ispat edemediği takdirde karine normundan faydalanamayacaktır. Karine sonucuna başka bir yolla ulaşabilirse karine temelini ispat edememesinin ispat yükü açısından bir sonucu olmayacaktır. Karine temelini ispat ettikten sonra karine sonucunu ispat etmesine gerek kalmadan kanun hükmü gereği karine sonucundan faydalanabilecektir. Keza karineye dayanan taraf sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altındadır ve karine sonucuna ilişkin ispat yükünü taşımaz. Nitekim karineler karine sonucuna ilişkin ispat yükünden muafiyet sağlar. Artık karşı taraf, karinenin aksini ispata yönelik bağımsız bir ispat yükünü taşımaktadır. Yani karineye dayanan taraftan karşı tarafa bir ispat yükünün geçmesi değil, karşı taraf için bağımsız bir ispat yükünün doğması söz konusudur. Burada delil ikame yükü yer değiştirerek, karinenin karşı tarafına geçmektedir. Karine ispat kuralı olsaydı ve karine sonucu ispatlanmış olarak kabul edilseydi, karine sonucunun aksini ispat değil, hakimde oluşan kanaati sarsmak amacıyla karşı ispat faaliyetinin yapılması söz konusu olurdu. Karinenin mevcut olduğu durumda ise karinenin karşısındaki taraf ancak karine temeline yönelik karşı ispat faaliyetinde bulunabilecektir. Görüldüğü üzere kanun karineye dayanan tarafa karine temeline ilişkin ispat yükü yüklerken, karinenin karşı tarafına da karine sonucunun aksini ispat faaliyetini yüklemiştir.

Kanuni karineye dayanan tarafın, karine sonucunu başka bir yoldan ispatlayabilmesi halinde, mutlaka karine temelini ispat ederek karine sonucunun uygulanmasını sağlamasının gerekmemesi, bu kuralların ispat yükü kuralı olmadıkları anlamına gelmez³⁶⁶. Kanunun karineye dayanan tarafa bir imkan sunduğu doğrudur. Karine lehine olan taraf isterse karineye dayanarak karine sonucunun uygulanmasını sağlayabileceği gibi, başka bir yolla karine sonucunu ispat

³⁶⁶ Aynı yönde bkz. Holzhammer, **a.g.e.**, s. 207.

ederek -karineye dayanmadan- karine sonucunun uygulanmasını sağlayabilir. Ancak diğer bir yoldan karine sonucunu ispatlayamadığı takdirde ve karineye dayanmış olduğunda, aksi ispat edilebilen karine ispat yükü kuralı işlevini yerine getirecektir. Şöyle ki, karine, karine sonucuna yönelik olan ispat yükünden muafiyet sağlamakla, karineye dayanan tarafa düşen ispat yükünü tamamen ortadan kaldırmamaktadır. Her ne kadar karine temeline ilişkin ispat yükünün ispat yüküne ilişkin genel kuraldan kaynaklandığı kabul edilse de, kanaatimizce karine temeline ilişkin ispat yükü de karine kuralından kaynaklanmaktadır. Çünkü, karine olmasa, malik olduğunu mahkemeye kabul ettirmek isteyen kişi mülkiyet hakkını nasıl kazandığını ispat edecekken, zilyet olduğunu ispat etmekle uğraşmayabilecektir. Ancak kanuni karineden dolayı zilyet olduğunu ispat ederek, mülkiyet hakkının mevcudiyeti sonucuna ulaşmaktadır. Yani, karine temeline ilişkin ispat yükü karineden kaynaklanmaktadır. Karine temeli ispat edildiği takdirde, artık ispat yükü karşı tarafa düşecektir. Karşı taraf genel kurala göre, karineye dayanan tarafın zilyet olmadığını ispat edecekken, karineden dolayı malik olmadığını ispat edecektir. Her iki tarafın yapacağı ispat faaliyetinin konusu değişmekle kalmamakta, kanun koyucu kimin neyi ispat edeceğine dair de bir dağılım yapmaktadır³⁶⁷. İspat yükü dağılımıyla birlikte delil ikame yüküne ilişkin de dağılım söz konusu olmaktadır.

Normal ispat yükü kurallarında, bir vakianın ispatının ardından, bir muafiyet ya da başka bir yük tanınmamaktadır. Halbuki, olay karinesinin olduğu durumda bir yabancı vakianın ispatının ardından, ispat muafiyeti tanınmaktadır. Belirsizlik durumunda ispat yükünü taşıyan taraf aleyhine karar verilmesinin, karine temeline dayanıldığı ve karine temeli ispat edildiği takdirde, karşı tarafın karineyi ortadan kaldıramaması durumunda söz konusu olmasından dolayı, olay karinelerini özel nitelikte ispat yükü kuralı olarak kabul etmekteyiz (unsura bağlılık). Ayrıca, normal

³⁶⁷ Yargıtay da kanuni karineleri ispat yükü kuralı olarak kullanmaktadır. “Somut olayda davacı yasal karine karşısında, davalı tarafa yapılan dava konusu havalelerin, davalıdan alınan ilaçların bedellerini ödemek amacıyla bulunduğunu kanıtlama yükümlülüğü altındadır. Bu durumda, mahkemece; ispat yükünün davacıda olduğu gözetilerek davacıdan delilleri sorularak ve gerekirse davacının yemin deliline dayanması nedeniyle davacıya yemin teklif etme hakkı hatırlatılarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken...” 3. HD., 16.4.2013, E. 2013/846, K. 2013/6391 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Her ne kadar, havaleye ilişkin karinenin fiili karine olduğunu kabul etsek de, Yargıtay’ın kanuni karinelere ispat yükü işlevi tanıdığı bu karara yer vermeyi uygun gördük.

ispat yükü kuralları belirsizlik durumunda olumsuz nitelikte sonuçlara sebep olurken, karinelerde ispatsızlığın olumlu bir sonuca bağlanmasından dolayı da karineler diğer ispat yükü kurallarından ayrılmaktadır. Sonuç olarak, kanaatimizce, olay karineleri ispat yükü başlığı altında özel nitelikte ispat yükü kuralları olarak nitelendirilmelidir.

2. Aksi İspat Edilebilen Hak Karineleri

a. Kavram

Bilinen bir vakiadan, bilinmeyen bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun çıkarıldığı karineler hak karineleridir (*Rechtsvermutung, Praesumptio iuris*)³⁶⁸. Kanuni hak karinelerinin hareket noktası her zaman bilinen ve saptanmış bir vakiadır³⁶⁹. Saptanmış olan bu olay yabancı (*sachfremd*) bir vakiadır. Bu vakıa bir hakkın veya hukuki ilişkinin meydana gelmesinin ya da sona ermesinin vakıası değildir, mevcut sayılan bir hakkın veya hukuki sonucun vakıasıdır³⁷⁰. Nitekim hak karinelerinin konusunu bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğu oluşturmaktadır ve hakkın nasıl elde edildiği, hukuki ilişkinin nasıl meydana geldiği ya da nasıl sona erdiği bu karinelerin konusunu teşkil etmemektedir³⁷¹. Nitekim, hak karineleri, hakimin karine sonucunda yer alan hakkın meydana gelmesi için gerekli olan vakıaların tespit edilmiş olup olmadığını gerekli görmeden, karine

³⁶⁸ Musielak, **Beweislast**, s. 48; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 225; Musielak, **Kommentar**, s. 993; Siegrist, **a.g.e.**, s. 233; Plosz, **a.g.m.**, s. 27; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 170; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 661; Leipold, **a.g.e.**, s. 93; Blomeyer, **a.g.e.**, s. 355; Topuz, **a.g.e.**, s. 99; Habscheid, **a.g.e.**, s. 387; Winkler, **a.g.e.**, s. 2; Prütting, Gehrlein, **a.g.e.**, s. 852; Edis, **a.g.e.**, s. 373. Rosenberg'e göre hak karineleri daha çok halihazırdaki hak durumunun karineleridir ve hak durum karineleri (*Rechtzustandsvermutungen*) olarak adlandırılmaları daha iyi olur Rosenberg, **a.g.e.**, s.228; Fasching, **a.g.e.**, s. 456. Hak karinelerinin doğrudan hukuki sonuca yönelmiş karineler olduğu da söylenmektedir. Bkz. Kuhn, **a.g.e.**, s. 103; Gierk, **a.g.e.**, s. 21.

³⁶⁹ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 170; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 661. Behm, serbest hayat ilişkisinde yer alan olaylardan kaynaklanan ve devletin irade beyanından doğan olmak üzere hak karinelerini ikiye ayırarak incelemiştir. BGB §1006 ve BGB §891'de yer alan karineleri serbest hayat ilişkisinde kaynaklanan olaylardan meydana gelen hak karineleri olarak nitelendirmiştir. Bkz. Hanns Ludwig Behm, **Die juristische Konstruktion der Rechtsvermutung**, Berlin, Noske, 1913, s. 2-4.

³⁷⁰ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 227.

³⁷¹ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 226, 227; Kummer, Art 8, N. 327; Winkler, **a.g.e.**, s. 2.

temelindeki vakıa ispat edildiği takdirde, hangi hakkın somut olaya uygulanması gerektiğini emreder³⁷².

Hak karinelerinin içeriğini genellikle bir ayni hak veya Aile Hukukunda ortaya çıkan hukuki ilişki oluşturmaktadır³⁷³. Hak karinesinin³⁷⁴ önemli bir örneğini TMK m. 985/1’de “*Taşınırın zilyedi onun maliki sayılır.*” şeklinde düzenlenmiş olan mülkiyet karinesi oluşturmaktadır³⁷⁵. Kanun koyucu mülkiyet karinesinden sadece halihazırdaki zilyedin değil önceki zilyetlerin de yararlanmasına imkan tanımıştır. TMK m. 985/2’de “*Önceki zilyetler de zilyetlikleri süresince o taşınırın maliki sayılırlar.*” karinesi yer almaktadır. Bu karineyle önceki zilyetler rızaları dışında ellerinden çıkan malları geri almak için açacakları davada ispat kolaylığı elde edebilecekleri gibi, zilyetlikleri sırasında mala verilen zararların tazmini için mal ellerinden çıktığı takdirde açacakları davada ispat kolaylığına da sahip olacaklardır³⁷⁶.

TMK m. 986/2’de “*Taşınıra bir sınırlı ayni hak veya kişisel hak iddiasıyla zilyet bulunan kimsenin iddia ettiği hakkın varlığı karine olarak kabul edilir.*” ifadesiyle kanunun malı elinde bulunduranın karineden faydalanması için mutlaka mülkiyet hakkını iddia etmesini gerekli görmediğini, fer’i zilyetlerin de iddia ettikleri hakkın varlığını karine olarak kabul ettiğini görmekteyiz³⁷⁷. Taşınırlarda mülkiyet karinesinin uygulanabilmesi için kanun karine temeli olan zilyetliğin ispatını yeterli ve gerekli görmüştür³⁷⁸.

³⁷² Siegrist, **a.g.e.**, s. 234; Winkler, **a.g.e.**, s. 3.

³⁷³ Karakaş, **a.g.m.**, s. 737.

³⁷⁴ İsviçre hukukunda ZGB §252/1, 930, 255/2, 670, 937 hak karinelerine örnek olarak verilmektedir. Bkz. Kummer, Art 8, N. 322. Alman hukukunda BGB §891, 921, 1006, 1362, 1527, 1964, 2365 hak karinelerine verilen örneklerdendir. Bkz. Rosenberg, **a.g.e.**, s. 225.

³⁷⁵ Bu karineye dolaylı zilyetler de dayanabilir. Bunun için malı elinde tutan aracı kimsenin onun zilyetliğini kabul etmesi gerekir. Bkz. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, 15. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2012, s. 101.

³⁷⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **a.g.e.**, s. 101.

³⁷⁷ Zilyetlik kişisel hakka ayni etki sağlayamadığı için, bu karine ancak fer’i zilyedin zilyetliğe dair saldırı dolayısıyla açacağı tazminat davalarında ileri sürdüğü hakkı çıkardığı vakıaların ispatında önem taşıyacaktır. Bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **a.g.e.**, s. 103.

³⁷⁸ Zilyetliğin ispatını Yargıtay her türlü delille mümkün görmektedir. Nitekim zilyetlik bir hukuki işlem değil maddi olaylardan ibaret uzun süreli bir olgudur. Bkz. Karşlı, **Medeni Muhakeme**, s. 554.

Taşınmazlarda mülkiyet karinesinde taşınırlardaki gibi zilyetlik karine temeli teşkil etmemektedir³⁷⁹. TMK m. 992’de de Taşınmazlarda Karine başlığıyla “*Tapuya kayıtlı taşınmazlarda, hak karinesinden ve zilyetlikten doğan dava açma hakkından yalnız adına tescil bulunan kimse yararlanır.*” ifadesine yer verilmiştir. Bu karine tapuda tescil edilmiş tüm aynı haklar için söz konusu olmaktadır³⁸⁰. TTK m. 974/1’de “*Gemi sicilinde malik olarak kayıtlı bulunan kişi, geminin maliki sayılır*” ifadesiyle kanun koyucu, sicille ilgili başka bir hak karinesi düzenlemiştir³⁸¹.

Bu karinelerde görüldüğü üzere, tapuda, sicilde kayıtlı olmak ve zilyet olmak vakıalarının ispatıyla, mülkiyet hakkının varlığına dair bir çıkarım yapılmakta ve hak karineleri düzenlenmiş olmaktadır.

TMK m. 285’te babalık karinesi düzenlenmiştir³⁸². “*Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır*”. Bu karinede kocanın baba olması karine sonucudur. Bu durum fiili bir süreç değil, Aile hukukuna ilişkin hukuki bir ilişkiyi/durumu göstermektedir. Bundan dolayı da babalık karinesinin bir hak karinesi olduğu kanaatindeyiz.

TBK m. 2/I’de düzenlenen: “*Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır*” karinesinde karine sonucu sözleşmenin kurulmuş olmasıdır. Bu karinede karine sonucu bir hukuki ilişki niteliğinde olduğundan, bir hak karinesinden bahsedebiliriz.

³⁷⁹ Roma hukukunda taşınır ya da taşınmaz malın zilyetliğinin mülkiyete karine teşkil ettiğine (possessor ergo dominus) dair bkz. Sungurtekin Özkan, Türkoğlu Özdemir, **a.g.e.**, s. 129.

³⁸⁰ Şerh edilmiş kişisel haklar için de bu karinenin geçerli olacağı yönündeki görüş için bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **a.g.e.**, s. 118.

³⁸¹ Maddenin ikinci fıkrasında “*Gemi sicilinde lehine bir gemi ipoteği veya ipotek üzerinde bir hak yahut bir intifa hakkı tescil edilmiş olan kişi o hakkın sahibi sayılır*” şeklinde başka bir hak karinesi düzenlenmiştir.

³⁸² Umar babalık karinesini olay karineleri arasında değerlendirmektedir. Bkz. Bilge Umar, “Hususi Hukukta Karineler”, **Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1964, s. 184. TMK m. 302’de babalık davasında kullanılacak babalığa ilişkin karineye yer verilmiştir. Maddeye göre: “*Davalının, çocuğun doğumundan önceki üçyüzcü gün ile yüzsekseninci gün arasında ana ile cinsel ilişkide bulunmuş olması, babalığa karine sayılır.*” Burada da kanun koyucu bir hak karinesi düzenlemiştir.

b. Aksi İspat Edilebilen Hak Karinelerinin Hukuki Niteliği

(1) Özel Nitelikte İspat Yükü Kuralı Olmaları

Olay karinelerinin hukuki nitelik tartışması hak karinelerinde de devam etmektedir. Karinelerin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalarda olay karineleri nasıl nitelendiriliyorsa, hak karineleri de o yönde nitelendirilmektedir. Hak karinelerinin ispat vasıtası olduğunu savunan Daenzer, hak karinelerinin yaptığı çıkarımla, karine sonucunun ispat edilmiş olarak kabul edileceğini ifade etmektedir³⁸³. Siegrist, kanuni karineleri genel olarak delil olarak kabul etmiştir ve olay karinesi hak karinesi ayrımı yapmadan bu nitelendirmeyi benimsemiştir³⁸⁴. Bu yüzden onun da hak karinelerini ispat vasıtası olarak kabul ettiği kanaatindeyiz³⁸⁵.

Doktrindeki baskın görüş hak karinelerinin ispat kuralı olmadıkları yönündedir. Bu bağlamda ispat yükü kuralı oldukları kanaatinde olan yazarlar³⁸⁶ ve özel nitelikte ispat yükü kuralı oldukları kanaatinde olan yazarlar³⁸⁷ bulunmaktadır. Bu iki görüş arasında da temel manada farklılık bulunmamakta, ispat yükü kuralı olmalarının bir alt başlığı olarak özel nitelikte ispat yükü kuralı oldukları kabul edilmektedir.

Hak karinelerinin ispat yükü (özel nitelikte ispat yükü) kuralı olduğu kanaatinde olan yazarlar³⁸⁸, hak karinelerinin kesinlikle ispat kuralı olamayacağı ve

³⁸³ Daenzer, **a.g.e.**, s. 1.

³⁸⁴ Siegrist, **a.g.e.**, s. 214.

³⁸⁵ Aynı yönde bkz. Topuz, **a.g.e.**, s. 105.

³⁸⁶ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 54; Leipold, **a.g.e.**, s. 100; Topuz, **a.g.e.**, s. 108; Winkler, **a.g.e.**, s. 7. Kuhn, **a.g.e.**, 99; Gierk, **a.g.e.**, s. 32.

³⁸⁷ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 230; Hedemann, **a.g.e.**, s. 297, 181.

³⁸⁸ Gierk, **a.g.e.**, s. 32; Hedemann, **a.g.e.**, s. 297; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 54; Topuz, **a.g.e.**, s. 108. Rosenberg olay karinelerinin ispat yükü niteliğinde olmamakla beraber, hak karinelerinin hukuki niteliklerini ele alırken olay karinelerinin sadece ispat yükü kuralı olmalarının yanında, hak karinelerinin hakimın hukuku uygulama görevini de üstlendiğini belirtmiştir. Yazar, olay karinelerinde yapmış olduğu ispat yükü kuralı oldukları yönündeki belirlemeyi hak karinelerinde yapmamıştır. Ancak olay karinelerindeki tartışmayı karine olarak yürüttüğü kabul edilirse hak karinelerini de aynı kapsamda ele aldığı söylenebilir. Belirtmek gerekir ki, Rosenberg hak karinelerinin ispat kuralı olmadıklarını vurgulamaktadır. Bkz. Rosenberg, **a.g.e.**, s. 230. Hak karineleri de olay karineleri gibi ispat yükü kuralıdır. Ancak hak karineleri ispat yükü kuralı olarak kabul edildiklerinde olay karinelerinden farklı olarak sadece münferit unsurlara değil söz konusu olabilecek

ispatlayıcı etkilerinin bulunmadığı kanaatindedir. Çünkü hiçbir zaman haklar, hukuki sonuçlar ispatın konusunu teşkil edemez. İspatın konusunu vakıalar oluşturur. Bu bakımdan, hak karinelerini ispat kuralı olarak kabul ettiğimizde, karine sonucunda yer alan hakkı, karine temelinin ispat edilmesiyle ispatlanmış olarak sayacağımızdan, hak karinelerini ispat kuralı olarak kabul etmek isabetsizdir. Ayrıca hak karineleri ispat kuralı olarak kabul edilirse karine sonucundaki hakkı karineye dayanan tarafın iddia etmesi gerekmektedir. Halbuki hakimin karine sonucundaki hakkı kendiliğinden uygulayabilmesi gerekir. Hakim karine sonucunda yer alan hakkı ispatlanmış kabul ederek uygulamamaktadır. İspat yükü kurallarındaki gibi sanki o hak gerçekleşmiş gibi kabul ederek uygulamaktadır. Bundan dolayı hak karineleri ispat yükü kuralıdır. Hak karineleri varsayılan hakkın tüm unsurlarına dair ispat yükünü düzenlediklerinden diğer ispat yükü kurallarından farklılık arz eder. Hak karineleri olay karineleri gibi diğer ispat yükü kurallarından farklı olarak karine temelinin ispatına bağlı olduklarından, unsura bağlı ispat yükü kuralıdır. İspat yükü kuralı kategorisi altında özel nitelikte ispat yükü kuralı olarak kabul edilmelidir.

Kanaatimizce hak karineleri olay karineleri gibi özel nitelikte ispat yükü kuralıdır. Olay karinelerinin özel nitelikte ispat yükü kuralları olmalarına ilişkin açıklamalarımız hak karineleri için de geçerlidir. Hak karinelerini ispat kuralları olarak kabul edersek, karine temelinin karine sonucundaki hakkı ispatladığını da kabul etmemiz gerekir. Karinelere ispatlayıcı etki tanınması, belki olay karinelerinde bir anlamda mümkün kabul edilse bile, hak karinelerine bu etkiyi tanımak mümkün değildir. Çünkü, medeni muhakeme hukukunda bugün kabul edilen görüşe göre

tüm koşullara dair ispat yükünü düzenler. Hak karineleri olay karinelerinden farklı olarak münferit koşul vakıalara değil, söz konusu olabilecek unsurlara dair ispat yükünü içerir. Bunun sebebi olay karinelerinin ve hak karinelerinin ispatlayıcı etkiye sahip olmaları değildir. Çünkü her iki karine de vakıaların gerçekten var olduğuna dair değil, aksine koşul vakıaların ve hakkın mevcut olduğuna dair düzenlemelerdir. Nitekim bu karineler somut olayda aksi ispat edilmemişse kararın içeriğini belirlerler, ne hakkın şartları ne de mevcut olmadıkları usuli olarak tespit edilmez. Varsayılan hak varmış gibi karar verilir. Bir hakkın şartlarının varlığı veya yokluğu yargılamada ispatlanamazsa, ancak karine temeli ispatlanırsa hak mevcutmuş gibi hakim karar verir. Bkz. Leipold, **a.g.e.**, s. 100. Hak karinelerinin ispat kuralı oldukları görüşünün desteklenebilmesi için hak karinelerinin kısaltılmış olay karineleri oldukları kabul edilmelidir. Yani, hak karineleri karine sonucundaki hakkın ispatlanmasını sağlamamaktadır. Şayet, hak karinelerinin hakkı oluşturan koşul vakıaların ispatına yönelik olduğu kabul edilirse belki delil oldukları görüşü desteklenebilir. Buna rağmen, hakkın meydana gelmesi için gerekli sebeplerin ispat yükü kuralı içerisinde incelenmesi gerekir. Bkz. Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 54 vd.

haklar doğrudan ispatın konusu olamaz, ispatın konusunu vakıalar oluşturur³⁸⁹. Bundan dolayı da hak karinelerinin etkisi varsayılan hakkın ispatını sağlayamamaktadır³⁹⁰ ve hak karinelerini ispat kuralı olarak kabul etmek hak karinelerinin doğasına aykırı olmaktadır³⁹¹.

Hak karineleri olay karineleri gibi, diğer ispat yükü kurallarından farklı olarak karine temelinin ispatına bağlı olduklarından unsura bağlı ispat yükü kuralıdır³⁹². Ayrıca, hak karineleri varsayılan hakkın tüm unsurlarına dair ispat yükünü düzenlediklerinden diğer ispat yükü kurallarından ve olay karinelerinden bu açıdan da farklılık arz eder³⁹³. Çünkü hak karinelerinde varsayılan hakkın meydana gelmesi için gerekli olan tüm şartların var olduğu kabul edilir (Mülkiyet karinesinden yararlanan zilyedin fiil ehliyetine sahip olduğu gibi).

Hak karinelerini ispat yükü kuralı olarak kabul ettiğimizde, hakka ilişkin bir ispat yükü mü belirlemekteyiz? İspat yükü kurallarının fonksiyonları ve etkileri haklara ilişkin değil, her zaman vakıaların ispatına yöneliktir³⁹⁴. Ancak bu durum hak karinelerinin hukuki niteliklerinin ispat yükü kuralı olmamalarını gerektirmez. Nitekim iddianın ileri sürülmesine olanak sağlayan hukuk normunda, aranmış olan yani normun uygulanması için kuralın gerekli gördüğü vakıaların, somut olayda gerçekleşmiş olduğu ispat edilmeye çalışılır³⁹⁵. Bu yüzden hak karinelerinin ispat yükü etkisi, karine temelindeki olaya ve aksi ispat faaliyetinde karineyi çürütmeye yarayan vakıanın ispatına ilişkindir. Bu ispat faaliyetlerinin neticesinde karine sonucundaki hakkın uygulanması ya da uygulanmaması söz konusu olmaktadır. Bundan dolayı, hak karineleriyle kanun koyucu, hak karinesinin temelindeki vakıanın ispatının kime düştüğünü, bu vakıa ispat edildiğinde karinenin aleyhine

³⁸⁹ Bkz. I. Bölüm. İspat Kavramı ve İspat Türleri. Aynı yönde bkz. Rosenberg, **a.g.e.**, s. 232; Leipold, **a.g.e.**, s. 94; Plosz, **a.g.m.**, s. 39; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 55.

³⁹⁰ Leipold, **a.g.e.**, s. 94.

³⁹¹ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 232.

³⁹² Özellikle BGB §891, 1006, 1362, 2365 özel şarta bağlı kurallardır. Hak karinelerinin özel nitelikte ispat yükü kuralı olduklarını ise şu şemayla belirtebiliriz. Yargılamada bir hakkın unsurlarının mevcut olduğu ya da mevcut olmadığı tespit edilemezse fakat karine temeli olan x vakıası tespit edilirse sanki hak mevcutmuş gibi hakim karar vermelidir. Bkz. Leipold, **a.g.e.**, s. 100.

³⁹³ Leipold, **a.g.e.**, s. 100.

³⁹⁴ Prütting, **a.g.e.**, s. 81.

³⁹⁵ Bkz. Birinci Bölüm: İspat Kavramı ve İspat Türleri.

olduğu karşı tarafın, aksini ispat faaliyetinde iddia ettiği vakıalara dair taşıdığı ispat yükünü düzenlemektedir.

(2) Devamlılık Karinesi Oluşturmaları

Hak karinelerinin niteliğine dair ileri sürülen bir durum, bu karinelerin “*devamlılık karinesi (Fortdauer Vermutung)*” oluşturmalarıdır. A’nın zilyetliğinden malik olduğu sonucuna vardığımızda bilinen hukuki durumun değiştiğine dair herhangi bir hukuki vakıa yoksa A’nın mülkiyet hakkının kabul edildiği andan sonra da devam ettiğini, kanuni bir dayanağı olmasa da kabul edebilir miyiz? Hakkın devam ettiğine dair bir kanuni karinenin varlığını düşünemeyiz; çünkü, bu içerikte bir karine kanun metninde yer almamaktadır. Karine ispatı gereken bir vakıa için konur, hakkın düşmemiş olduğunun ispatı gerekmeyeceğinden, hakkın devam ettiğine dair bir karinenin varlığını kabul etmek isabetli değildir³⁹⁶. Burada kabul edebileceğimiz günlük alışageldiğimiz tecrübe kurallarının etkisiyle, değişim olmadığında hakkın aynı kalacağıdır³⁹⁷, yoksa hak karinelerinin karineye dair bir devamlılığı kabul ettiğini kanundan çıkararak söyleyemeyiz.

³⁹⁶ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 29; Loewy, **a.g.e.**, s. 22. Bir hakkı dava eden kimse yalnız o hakkın doğmuş bulunduğunu değil, onun halen var olduğunu da iddia ediyor demek olduğundan, davacının yalnızca hakkın doğduğunu ispat etmesi yetmez, hakkın halen var olduğunu da ispat etmesi gerekir görüşü bu tartışmanın temelinde yatmaktadır. Ancak bu görüş ciddi şekilde eleştirilmektedir. Bkz. Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 28-29.

³⁹⁷ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Behm, **a.g.e.**, s. 16-18. Rosenberg, **a.g.e.**, s. 186. Mecelle madde 5’te de “*Bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır*” kuralı bulunmaktadır. Bu kuralın zorunlu sonucu olarak m. 6’da “*Sıfatı arzıda asıl olan ademdir*” kuralıyla bir şeyin sonradan geçirdiği değişme ispat olunmadıkça yok sayılacağı kuralı düzenlenmiştir. Normal durumun dışında anormal bir sebepten dolayı bir şeyin değiştiğinin kabul edilmesi için bu sebebin ispat edilmesi gerekmektedir. Yaşayan birinin yüzyirmi sene sonra da yaşadığını kabul etmeye imkan yoktur. Ancak öldüğü sabit olmadıkça normal yaşanan sürede kabul edilen karineler söz konusu olmamışsa hayatta olduğunu kabul zorunluluğu vardır. Bkz. Belgesay, **Mecelle**, s. 50.

III. AKSİ İSPAT EDİLEBİLEN KANUNİ KARİNELERİN ETKİLERİ

Aksi ispat edilebilen kanuni karinelerin etkilerini bu karinelerin hukuki niteliğine dair yaptığımız açıklamaları nazara alarak inceleyeceğiz. Açıkçası bu başlıkta, aksi ispat edilebilen karinelerin yargılamada ileri sürülmelerini de ele alıyoruz. Çünkü, karinelerin taraflara ve hakime etkisinin kapsamına yargılamada ileri sürülmelerinin girdiğini düşündük ve bu başlıkta içerik olarak ele almayı hem tekrardan kaçınmak hem de konu bütünlüğü açısından uygun bulduk.

Aksi ispat edilebilen karinelerin etkilerini incelerken öncelikle, bu karinelerin sistematik yeri ile birlikte maddi hukuk ve muhakeme hukuku bakımından etkilerine değineceğiz. Daha sonra bu karinelerin etkilerini taraflarca getirilme ilkesinin ve re'sen hareket ilkesinin ve araştırma ilkesinin uygulandığı yargılamada olmak üzere iki başlık altında ele alacağız. Taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda karinelerin etkilerini hakim ve taraflar bakımından değerlendireceğiz. Taraflar bakımında aksi ispat edilebilen karinelerin etkilerini ispat faaliyeti ve ispat yükü ile iddia yükü açısından inceleyeceğiz.

A. AKSİ İSPAT EDİLEBİLEN KARİNELERİN SİSTEMATİK YERİ: MADDİ HUKUKTA MI MUHAKEME HUKUKUNDA MI ETKİ GÖSTERİR?

Aksi ispat edilebilen kanuni karine dediğimizde muhakeme hukukuna mı yoksa maddi hukuka ait bir müesseseden mi bahsettiğimiz kanuni karinelerin hukuki niteliğiyle ilgili bir meseledir. Hukuki nitelik olarak aksi ispat edilebilen kanuni karineler ispat yükü kuralı olarak (özel nitelikte) ele aldığımızda da karinelerin hukuk düzeninde hangi alana ait olduğuna dair farklı görüşler görmekteyiz³⁹⁸.

³⁹⁸ 19 Haziran 1980 tarihli Roma Sözleşmesi'nin 14. maddesine göre hem yasal karineler hem de ispat yükü kuralları usule değil esasa ilişkindir. Bkz. Günseli Öztekin, "İsbat Hukuku ve Delillere Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler", **MHB Bülteni**, S. 1, 1989, s. 40-41.

Aksi ispat edilebilen karineleri maddi hukuka ait gören yazarlar³⁹⁹ bulunduğu gibi muhakeme hukukuna ait olduğunu kabul eden yazarlar⁴⁰⁰ da bulunmaktadır. Bir diğer görüş ise kanuni karineleri düzenleme ve etki yerine göre maddi hukuka ya da muhakeme hukukuna ait olabileceği yönündedir⁴⁰¹.

Şimdi bu farklı görüşleri inceleyelim.

Kanuni karinelerin maddi hukuka ilişkin düzenlemeler olduğunu kabul eden Taşpınar'a göre⁴⁰², karineyle hukuki ilişkinin kurucu unsurları düzenlenmekte, kanun koyucu sadeleştirme, soyutlama, genelleme kolaylığı gibi çeşitli nedenlerle karinelere yer vermektedir. Kanuni karineler, ispat yükünün dağılımını sağlayan ya da ispat muafiyeti getiren kurallar değildir. İspat konusunda sağladıkları kolaylık asli etki sayılmaz ve etkilerinin mutlak olarak bir dava içerisinde ortaya çıkması gerekmemektedir⁴⁰³. Bu yüzden de kanuni karineler yargılama hukukuna değil maddi hukuka ilişkin düzenlemelerdir.

³⁹⁹ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 224, 242; Plosz, **a.g.m.**, s. 21; Winkler, **a.g.e.**, s. 7; Taşpınar, **a.g.e.**, s. 155. Öztekin'e göre karineleri ve ispat yükü kurallarını maddi hukuk içerisinde değerlendirmek, ispat yükü ve karinelerin tanımına ve usul hukuku içerisindeki hizmetine daha uygun düşmektedir. Bundan dolayı uygulanacak hukukun *lex causae* olması gerekir. 19 Haziran 1980 tarihli Roma Sözleşmesi'nin 14. maddesine göre akdin kapsamı ve esasına ilişkin kanuni karinelere ve ispat yüküne akdin şekline uygulanan hukuk uygulanacaktır. Roma Sözleşmesinde de hem yasal karineler hem de ispat yükü kuralları usule değil esasa ilişkin olarak düzenlenmiştir. Bkz. Öztekin, **a.g.m.**, s. 40.

⁴⁰⁰ Hedemann, **a.g.e.**, s. 344; Siegrist, **a.g.e.**, s. 232; Goldmann, **a.g.e.**, s. 2, 50.

⁴⁰¹ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 70-71. Loewy aksi ispat edilebilen karinelerin yargılama hukukuna yakın olmakla birlikte özel hukukun aynadaki görüntüsü olduğunu (*Spiegelbild*) ifade etmekte ve somut olayda özel hukuk hakkına dair devletin koruma görevi içerisinde karinelerin ait olduğu alanı ele almaktadır. Yazar kanuni karineleri maddi adalet hukukuna (*materielle Justizrecht*) ait görmektedir. Bkz. Loewy, **a.g.e.**, s. 14.

⁴⁰² Taşpınar, **a.g.e.**, s. 158. Plosz da kanuni karinelerin maddi hukukta yer almaları gerektiği kanatindedir. Çünkü kanuni karinelerin maddi hukuk gerçek yeridir ve maddi hukukta yer almaları maddi hukuka ve yargılamaya dair hakların ayrımını etkilemeyecektir. Keza kanuni karineleri yargılama hukukuna ait olarak kabul edersek sistematik bir düzenleme olmayacaktır ve kanuni karinelerin uygulanması zorlaşacaktır. Karineleri maddi hukukta kabul ettiğimizde, yabancı bir ülkenin karinelere dair hukuk kuralları uyuşmazlıkta uygulanabilecektir. Uyuşmazlığın söz konusu olduğu andaki maddi hukuk kuralı bu duruma yönelik karine düzenlemişse ve uyuşmazlık mahkemeye taşındığında, yeni düzenlemeyle karineye ilişkin kural yürürlükten kalkmışsa bile karine uygulanmaya devam edecektir. Bkz. Plosz, **a.g.m.**, s. 21

⁴⁰³ Yazar karine sözleşmelerini ispat yükü sözleşmeleri saymamakta, maddi hukukun tespit sözleşmeleri arasında değerlendirmektedir. Bkz. Taşpınar, **a.g.e.**, s. 158.

Leipold⁴⁰⁴ da aksi ispat edilebilen karinelerin maddi hukuk alanına ait olduğunu kabul etmektedir. Kanuni karineler maddi hukukta esasa ilişkin kararın içeriğini belirleyen normlar-karar verme kuralları olarak ele alındığında maddi hukuka ait kurallar olarak kabul edilecektir. Karinelerin bağlı oldukları karine temeli –zilyetlik, tapu sicili- yargılama dışı bir husustur ve yargılama başlamadan evvel karine temeli de karine sonucu da belirlenmiştir. Bu yüzden de aksi ispat edilebilen karineler esasen maddi hukuk doğasına sahiptir.

Karineleri ispat kuralları olarak kabul eden Siegrist'e göre⁴⁰⁵, kanuni karineler hukuki etkilerini pozitif hukuka ait olarak her zaman muhakeme hukukunda gösterecektir. Her ne kadar münferit olarak kanuni karineler maddi hukukta düzenlense bile, bu düzenlemenin amacı özel hukuk taleplerinin muhakeme alanında gerçekleştirilmesini sağlamaktır. Keza kanun koyucunun kanuni karineleri maddi hukukta düzenlemesinin sebebi maddi hukukta düzenlemenin daha rahat ve kolay olmasıdır.

Guggenbühl ise, aksi ispat edilebilen karinelerin maddi hukuka ait olabileceği gibi muhakeme hukukuna da ait olabileceği kanaatindedir⁴⁰⁶. Yazara göre, ispat yükü kurallarını maddi hukukla sınırlamak her zaman isabetli değildir. Çünkü maddi hakka ilişkin bir husus belirsiz kalabileceği gibi muhakeme hukukuna dair bir hakka ilişkin de belirsizlik söz konusu olabilecektir. Maddi hukuk kurallarıyla ilgili olan ispat yükü kuralları maddi hukuk kuralı sayılırken, tam aksine ispat yükü kuralları muhakeme hukukuna yönelik hakları hedeflediğinde muhakeme hukukuna ait sayılabilir. Her ne kadar gerek aksi ispat edilebilen karinelerde gerek diğer ispat yükü kurallarında maddi hukuk düzenlemesi ağır bassa da bu kuralların asıl uygulama alanları muhakeme hukukudur.

Aksi ispat edilebilen karinelerin hangi hukuk alanına ait olduğu sorusunun cevabını, bu kuralların ispat yükü kuralı oldukları kanaatimize göre yanıtlamalıyız.

⁴⁰⁴ Leipold, **a.g.e.**, s. 101-102.

⁴⁰⁵ Siegrist, **a.g.e.**, s. 232.

⁴⁰⁶ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 3, 70.

İspat yükü kurallarının hangi alana ait oldukları ise oldukça tartışmalıdır⁴⁰⁷. Bir hukuk kuralının koşul vakıalarına yönelik ispat yükü sorununu, o hukuk kuralının girdiği hukuk alanına göre belirlemek gerekmektedir. Hangi vakıanın ispatının gerektiği uygulanacak hukuk kuralı tarafından gösterilmektedir ve ispat edilemediği takdirde söz konusu olacak belirsizlikte, riski kimin taşıyacağı da aynı kuraldan anlaşılmaktadır. İspat yükü kuralları çekişmeli olayın kurucu unsurlarını oluşturan hukuk kuralının dahil olduğu alana girer. Yani bu normlar maddi hukukta düzenlenmişse ispat yükü maddi hukuka ilişkin olabileceği gibi, muhakeme hukukunda düzenlenmişse muhakeme hukuku alanına ilişkin olabilir. Bu bağlamda maddi hukuk alanında karine düzenlenebileceği gibi muhakeme hukuku alanında da karine düzenlenebilir⁴⁰⁸.

İspat yüküne ilişkin kurallar ve aksi ispat edilebilen karineler maddi hukukta yer alsalar bile, bu kuralların muhakeme hukukundaki etkileri yok sayılamaz. Kanun koyucu HMK m. 190'da ispat yüküne dair bir düzenlemeye yer vermiştir. Aksi ispat edilebilen karineler ve ispat yükü kuralları, maddi hukukta ya da muhakeme hukukunda yer alsalar bile muhakeme hukukunda da etkilerini göstermektedir. Çünkü ispat yükü normlarının uygulanması bir davada mümkün olmaktadır ve bir vakıanın ispatının gerekip gerekmediği muhakeme hukukuna ilişkin hususlardır⁴⁰⁹.

Kanuni karinelere farklı bir özellik veren bir başka durum da ispat yükü kuralı olmalarına rağmen yargılama dışında da bu kuralların uygulanabilmesidir. Karinelerin maddi hukuk açısından etkisi muhakeme hukukunun dışına taşmaktadır⁴¹⁰. Kanuni karineler ispat yükü kuralı olarak asıl etkilerini muhakeme

⁴⁰⁷ İspat yükü kurallarının maddi hukuka, yargılama hukukuna veya her iki hukuk alanına ait olabileceğini savunan görüşler bulunmaktadır. Bu konudaki görüşler için bkz. I. Bölüm: İspat Yükü Kurallarının Hukuki Niteliği

⁴⁰⁸ İİK m. 97/a'da kanun koyucu şekli hukuka ait bir karine düzenlemiştir.

⁴⁰⁹ Hangi olayların kimin tarafından ispatının gerektiği sorunu maddi hukuk sorunudur. Bkz. Taşpınar, **a.g.e.**, s. 172. İspat yükü kurallarının yargılama hukukuna ait olduğu yönündeki görüş, kanaatini ispat yükü kurallarının paylaşılmasının yargılamada mümkün olmasına dayandırmaktadır. Umar, Yılmaz ise bu görüşü, birçok maddi hukuk kuralının yalnızca bir yargılama içinde değer kazanmakta olduklarından ve maddi hukuk kurallarının da usuli kurallar olarak kabul etmek gerekeceğinden eleştirmektedir. Bkz. Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 9.

⁴¹⁰ Koçhisarlıoğlu karinelerin etkisini dolaylı ve dolaysız olarak ayırmaktadır. Karine ispat yükü kurallarından farklı olarak dolaysız etkileri açısından olumlu etkiyi haizdir ve kanıtlanmamış olmasına

hukukunda gösterebilir de, daha öncesinde tarafların işlemlerinde de uygulanabilir⁴¹¹. Bu durum da kanuni karinelere çift etki kazandırmaktadır. Olası bir yargılamada karinenin istenmeyen etkilerini bertaraf etmek isteyen tarafın, karineye uygun bir tedbir alması da gerekebilir⁴¹². Babalık karinesinin yargılama dışında uygulanması, doğan çocuğun ana ile evlilik birliği olan babanın nüfusuna kaydedilmesi durumunda mümkündür⁴¹³. Zilyet birinin malik olduğuna dair, karinenin günlük hayatta uygulanması da hakeza mümkündür. Kimin önce öldüğünün belirlenmediği durumda, mirasçı olma açısından ihtilaf çıkmadığı takdirde yargılama dışında birlikte ölüm karinesi uygulanacaktır. Ancak ihtilaf çıktığında, birinin diğerinden önce öldüğünün bilinebildiği ispatlandığı takdirde artık karine uygulanamayacaktır. Nitekim, bu kurallar yargılama esnasında belirsizlik durumunda ispat yükü etkilerini göstereceklerdir ve maddi hukuk açısından bu kabulün yargılama sonunda hükümde yer alması için karine temelinin ispat edilmesi ve karinenin aksinin ispat edilememiş

karşın bir olayın mevcut olarak ele alınmasını sağlamaktadır. Karinenin dolaylı etkileri ise maddi hukuk sonuçları elde etmeye yarayan yargılama hukukunun dışına taşan etkilerdir. Bkz. Koçhisarlıoğlu, **a.g.m.**, s. 275-276. Leipold'a göre, kanuni karinelere ispat yükü kuralı olmalarının etkisiyle yargılamada belirsizlik durumunda uygulama alanı bulabileceklerinden maddi hukuk anlamında ispatlanmış sayılmamaktadır ve maddi hukuka etkileyen kurallar değillerdir. Prütting, fiili belirsizlik durumunda uygulama alanı bulan kanuni karinelere, karine sonucundaki olayı gerçek hayat akışını nazara almadan hakikat olarak kabul etmiş olduğundan, karinenin maddi hukuktaki durumu değiştirmiş olduğu savunmaktadır. Bkz. Prütting, **a.g.e.**, s. 63. Gierk'e göre, hak karinelere maddi bir etki tanındığında, aksi ispatın mümkün olduğu bu hukuk kurallarında karine sonucunda geçici bir hak belirlenmiş olmaktadır. Halbuki maddi hukukta bir hak ya mevcuttur ya da mevcut değildir. Bu yüzden maddi hukuk açısından karine sonucunda yer alan hakkın mevcudiyetinin kabul edilmemesi gerekmektedir. Bundan dolayı da hak karinelere yargılama hukukunda etkilerini gösteren kurallardır. Bkz. Gierk, **a.g.e.**, s. 27. Hak karinelere maddi hukuka etkisi açısından Guggenbühl, hak karinelere olay karinelere farklı olarak karine sonucunda varsayılan hakla maddi hukuka doğrudan etki eden ve hukuki nitelendirmeyi hakim yerine yapan kurallar olduğunu belirtmektedir. Bkz. Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 53.

⁴¹¹ Rüegg, **a.g.e.**, s. 51.

⁴¹² **a.e.**, s. 51.

⁴¹³ “Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün içinde doğan çocuk evlilik birliği içinde doğmuş sayılır (TMK. md.285). Diğer taraftan çocuk ile anne arasında soybağı doğum ile kurulur. O halde dava nüfus kayıt düzeltmesi davasıdır. Küçüğün annesinin Emine olduğu belirlendiğinden ayrıca dava 21.12.2002 tarihli dilekçe ile ıslah edildiğinden davanın kabulü ve nüfus kayıtlarının buna uygun düzeltilmesi gerekirken...” 2. HD., 14.4.2003, E. 2003/4452, K. 2003/5407 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). . “Türk Medeni Kanunu'nun 285. maddesi gereğince evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak 300 gün içerisinde doğan çocuğun babası kocadır. Bu durum karşısında davanın (babalık davası) baba tarafından soybağı reddedilmeden anne tarafından veli sıfatıyla açılması olanaklı değildir.” 2. HD., 10.3.2004, E. 2004/2185, K. 2004/3013 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Bu kararlarda, babalık karinesinin yargılama dışında uygulanmakta olduğunu görmekteyiz. İlk kararda, karine uygulama alanı bulunduğundan, bu karine çerçevesinde nüfus kayıt düzeltme davası olarak davanın görülmesi gerektiği kabul edilmiştir. İkinci kararda da, babalık karinesinin yargılama dışında uygulanmasından dolayı, soybağı reddedilene kadar karine işlediğinden, annenin babalık davası açamayacağı kabul edilmiştir.

olması gerekecektir. O halde, maddi hukuk karinelere hukuki sonuç bağlamakta ve karineler bu sonucun etkilerini muhakeme hukukunda göstermektedir. Çalışmamızın sınırını aştığı için karinelerin maddi hukuk etkisini burada bitirmek istiyoruz.

B. TARAFLARCA GETİRİLME İLKESİNİN UYGULANDIĞI YARGILAMADA

Almanya'daki liberal akımın etkisiyle kabul edilen taraflarca getirilme ilkesi (*Verhandlungsmaxime, Beibringungsmaxime*) medeni muhakemede genel olarak uygulanan bir ilkedir. Bu ilke hakimin taraflarca getirilmiş olan vakıaları ve delilleri kararına esas alabilmesini, re'sen harekete geçerek vakıa ve delil araştırması yapamayacağını, yani yargılamada gerekli dava malzemesinin toplanması yetkisinin taraflara tanındığını ve mahkemenin pasif hareket ettiğini ifade eder⁴¹⁴. HMK m. 25'te taraflarca getirilme ilkesi düzenlenmiştir. “*Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Kanunda belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz.*”

Bu ilkenin uygulandığı davalarda aksi ispat edilebilen karinelerin taraflar ve hakim bakımından etkisinin ne yönde olacağını ele alalım.

⁴¹⁴ Karlı, **Medeni Muhakeme**, s. 300; Üstündağ, **Yargılama**, s. 238; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 361 vd.; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 282; Topuz, **a.g.e.**, s. 141. Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 99-100. Bu ilkeye karşı gündeme gelen hakimle işbirliği ilkesi (Kooperationsmaxime, Arbeitsgemeinschaft) tarafların davanın yönetimine daha az katıldığı, hakimin yargılama yönetiminde daha kuvvetli olduğu durumu ifade etmektedir. Bkz. Karlı, **Muhakeme**, s. 322-323; Üstündağ, **Yargılama**, s. 239.

1. Aksi İspat Edilebilen Kanuni Karinelerin Taraplara Etkileri

a. Aksi İspat Edilebilen Karinelerin Tarapların İspat Faaliyetine Ve İspat Yüğüne Etkisi

(1) Karine Temeli Açısından İspat Yüğü Ve İspat Faaliyeti

İddiasını kanuni bir karineye dayandıran taraf iddia konusunu teşkil eden ve uygulanacak olan hukuk kuralının koşul vakıasını oluşturan vakıayı doğrudan ispatla yükümlü olmamakla beraber, tamamen ispat yükünden kurtulmuş olmamaktadır ve karine temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükünü taşımaktadır⁴¹⁵. Taraplarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda karine lehine olan tarafın, bu vakıayı mahkemeye sunması ve ispat edebilecek mahiyette delilleri de getirmesi gerekmektedir⁴¹⁶. Nitekim aksi ispat edilebilen kanuni karineler unsura bağlı ispat yükü kuralı olduklarından, karine lehine olan taraf için karine temeli ispat konusunu belirler ve ispat edilemediği takdirde karine uygulama alanı bulamaz⁴¹⁷.

Karine temelindeki vakıanın gerçekleştiğinin ispatıyla karinelerinin etkileri ortaya çıkmaktadır. Karinelerin, karine temelindeki vakıanın ispatı açısından, tarapların durumuna yönelik özel bir etkisi bulunmamaktadır. Genel hükümlerin, HMK'da yer alan ispat kurallarının, karine temelini ispatında uygulanması gerekmektedir. Karine temelinde yer alan vakıa, çekişmesizse, ikrar edilmişse bu vakıanın ispatına artık gerek kalmamıştır. Karine temelinde bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz

⁴¹⁵ Atalay, **a.g.e.**, s. 47; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 672; Topuz, **a.g.e.**, s. 95, 110.

⁴¹⁶ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 225-229; Prütting, **a.g.e.**, s. 76; Topuz, **a.g.e.**, s. 95; Goldmann, **a.g.e.**, s. 35; Kummer, Art 8, N. 333; Winkler, **a.g.e.**, s. 5; Rüegg, **a.g.e.**, s. 48.

⁴¹⁷ Gierk, **a.g.e.**, s. 48. Karineye dayanan taraf asıl olarak karine sonucuna yönelik bir ispat faaliyetinde bulunmak istemektedir. Karine sonucundaki vakıayı ispattan ya da karine sonucundaki hakkın doğmasını sağlayan vakıaların ispatından kurtulmakla beraber karine temelindeki vakıaya yönelik ispat yükü taşıdığından, karineye dayanan tarafa karinenin bir etkisi de ispat konusunun değişmesidir. Bkz. Faching, **a.g.e.**, s.456; Kummer, Art 8, N. 333; Winkler, **a.g.e.**, s. 7.

TL'yi geçtiği takdirde kesin delille (senet, yemin, kesin hüküm) ispat edilmesi gerekmektedir⁴¹⁸.

Tahkikat aşamasında mahkeme, sunulan bu delilleri HMK m. 198'deki "*Hakim delilleri serbestçe değerlendirir*" ilkesi kapsamında değerlendirir. Bu değerlendirmede vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediğine dair hakimın iknasının kanunen gerekli olan ispat ölçüsüne ulaşması gerekir. Karine temelini dolaylı olarak ispat edilmesi de söz konusu olabilir. Karine temelindeki vakıaya yönelik yapılan ispat faaliyeti başarılı olmadığı takdirde karine uygulanamayacaktır. Bu durumda, her ne kadar karine sonucu uygulanamasa da başka bir hukuk normunun koşul vakıası olan karine sonucunun ispatlanamayacağı ya da bu vakıadan çıkarılan hukuki sonucun doğmayacağı anlamına gelmez.

Özetle bir davada ileri sürülen vakıalar için yapılan ispat faaliyetinin karine temelindeki vakıalara yönelik yapılan ispat faaliyetinden bir farkı yoktur. Aksi ispat edilebilen kanuni karineler, taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı yargılamada, tarafların ispat faaliyetine özel bir etkiye sahip değildir. Tarafların diğer dava malzemelerini ileri sürmeleri gibi, karine temelini de ileri sürmeleri gerekmektedir.

(2) Karine Sonucunu İspat Yükünden Muafiyet Ve Bu Muafiyetin Sonucu

Aksi ispat edilebilen karinelerde, HMK m. 190/2'de kanun koyucu, karineye dayanan tarafın sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altında bulunduğunu ifade etmektedir. Bu ifadeden anlaşıldığı üzere, aksi ispat edilebilen karineler ispat yüküne ilişkin karine sonucu bakımından bir muafiyet sağlamaktadır.

⁴¹⁸ Aynı yönde bkz. Topuz, **a.g.e.**, s. 159. Evliliğin devamında doğma, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolma vakıaları takdiri delillerle ispat edilebilir. Bkz. Topuz, **a.g.e.**, s. 160.

Karine sonucuna dair sağlanan ispat yükünden muafiyetle, delil ikame yükünden de muafiyet sağlanmaktadır⁴¹⁹.

HMK m. 190/2'nin devamında, “*Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir*” ifadesi yer almaktadır. Burada karşı tarafa aksi ispat faaliyetinde bulunacağı belirtilmiştir. Hak ve olay karinelerinin ispat yükü kuralı olmalarının sonucu olarak, karşı tarafa aksini ispat yükü yüklenmekte ve bir asıl ispat faaliyeti söz konusu olmaktadır. Bir görüşe göre, karinenin aksini ispat faaliyetinde, uygulanacak asıl kuralın koşul vakıası (karine sonucu) yönünden değerlendirildiğinde, ispat yükü karşı tarafa geçmektedir⁴²⁰. Bizim de katıldığımız görüşe göre⁴²¹, bir kuralın koşul vakıaları yönünden ispat yükünün yer değiştirmesi mümkün değildir ve karineyle ispat yükü de karşı tarafa geçmez. Karşı tarafa asıl ispat niteliğinde, bağımsız bir ispat yükü olan aksini ispat faaliyeti yüklenmektedir. Bu durumda karşı tarafa geçen ancak delil ikame yükü olan subjektif ispat yüküdür.

Karineye dayanan taraf için kabul edilmiş olan, karine sonucunun ispatından muafiyet, karine sonucunun ispat edilmiş olduğunu mu yoksa ispatına gerek olmadığını mı gösterir?

HMK, ZPO, Sch. ZPO'da kanun koyucunun karine sonucundaki varsayılan vakıayı ispatlanmış olarak mı yoksa ispatına gerek olmadığını mı kabul ettiğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. BGB § 198'in ilk tasarısında varsayılan vakıa ispatlanmış olarak kabul edilirken daha sonra ZPO § 264'te varsayılan vakıanın ispatına gerek olmadığı düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemeler kaldırılmıştır. BGB'nin şu andaki halinde karine sonucundaki vakıaya ilişkin tartışmayı cevaplayacak bir düzenleme mevcut değildir.

⁴¹⁹ Atalay, **a.g.e.**, s. 49. Delil ikame yükünün objektif ispat yükünü takip ettiğine dair bkz. I. Bölüm: Delil İkame Yükü.

⁴²⁰ Prütting, Gehrlein, **a.g.e.**, s. 852; Rüeegg, **a.g.e.**, s. 58; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 74-75; Önen, **a.g.e.**, s. 205-206; Siegrist, **a.g.e.**, s. 229; Üstündağ, **Yargılama**, s. 624; Sema Taşpınar, “Fiili Karinelerin İspat Faaliyetinde Rolü”, **AÜHF**, 1996/1-4, s. 563; Kummer, Art 8, N. 333; Yıldırım, **a.g.m.**, s. 482. Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 539-540; Kuru, **Usul**, s. 1389.

⁴²¹ Atalay, **a.g.e.**, s. 50; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 174.

Karine sonucundaki vakıanın ispatlanmış olarak kabul edileceğini savunan görüşün önemli temsilcisi ise Siegrist'tir. Yazar, aksi ispat edilebilen karineleri ispat kuralı olarak kabul etmekte ve deliller gibi karineleri de ispat aracı saymakta ve karine sonucunu ispatlanmış olarak kabul etmektedir⁴²². Umar, yasal karinelerin ispatlayıcı etkisi üzerinde durmakta ve davada ispat edilmesi gereken bir vakıanın ispat edilmiş olarak sayılmasına ya da vakıanın doğrudan doğruya ispatını zorunlu görmeyip başka bir vakıanın ispatı yapılabilirse, bu ispat sayesinde asıl ispat konusu vakıanın da ispat edilmiş sayılması gerektiğini kabullenen yasa kuralları olduğunu ifade etmektedir⁴²³. Kanaatimizce, ispat yükü kuralları olan aksi ispat edilebilen karinelerin, karine sonucunda varsayılan vakıanın ya da varsayılan hak, hukuki ilişki, hukuki durumu mevcut kılan vakıaların, ispatlanmış sayılmasını sağlamamaktadır. Hakim bu vakıaları sanki ispatlanmış gibi kabul edebilir⁴²⁴. Bu vakıaların, ispatına gerek olmayan vakıalar olarak kabul edilmesi mümkündür⁴²⁵.

b. Aksi İspat Edilebilen Karinelerin Tarafların İddia Yüküne Etkisi

Aksi ispat edilebilen karinelerin tarafların iddia yüküne etkisi, ispat yüküne etkisini takip etmektedir. Aksi ispat edilebilen bir karinede karine unsuru olan karine temelinin taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı bir yargılamada mutlaka iddia edilmesi gerekmektedir. Karine temelinin iddia ve ispatı yapılmadığı takdirde, hakim tarafın karineye dayanabileceğini hatırlatamaz. Dilekçeler teatisinde ileri sürülmeyen

⁴²² Siegrist, **a.g.e.**, s. 214.

⁴²³ Umar, **a.g.e.**, s. 587.

⁴²⁴ Leipold'a göre, kanuni karineler fiili belirsizlikte şüpheli koşul vakıa yerine getirilmiş (veya getirilmemiş) gibi karar verilmesini ve normun pozitif veya negatif uygulanmasını sağlarlar. Diğer ispat yükü kurallarıyla uyumlu olarak kanuni karinelerin etkisiyle belirsiz kalan koşul vakıa sanki gerçekleşmiş (veya gerçekleşmemiş) gibi karar verilir. Çünkü ispat yükü kurallarında da belirsizlik durumunda ispat yükü üzerinde olan taraf aleyhine koşul vakıa sanki gerçekleşmiş (veya gerçekleşmemiş) gibi karar verilir. Bkz. Leipold, **a.g.e.**, s. 91.

⁴²⁵ Plosz, **a.g.m.**, s. 21, 33. Hakimin kararına esas alacağı vakıanın, mutlaka ispat edilmiş olması gerekmemektedir. Hukuki sonuçları ispat edilen vakıaya bağlayan kanun koyucu, bu şekilde hukuk kurallarının uygulanmasını sağlamaktadır. Ancak kanun koyucu bazı hallerde vakıanın ispatına gerek görmemekte, kah kendisi vakıanın hakikatini kabul etmekte kah tarafın ikrarı gibi bir durumda vakıanın ispatına gerek kalmadan hakimin vakıayı kararına esas almasını sağlamaktadır. Karine sonucunda da böyle bir durum vardır. Bkz. Plosz, **a.g.m.**, s. 26.

ve ön inceleme duruşmasında da ileri sürülme imkanı bulunmayan karinenin, yargılamanın ileri safhalarında ileri sürülmesi iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına takılacaktır. Karşı tarafın açık muvafakati ve ıslahla karine temeli iddia ve ispat edilebilecektir. Sözde karineler, karine temelini içermediklerinden, bu karinelerin yargılamada ileri sürülmesi iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına takılmamaktadır. Hakim, karine temelini gerçekleştirilmesinden dolayı karine sonucunun uygulanmayacağına ya da karine temelini gerçekleştirilmesine rağmen karine sonucunun uygulanmayacağına karar verebilir⁴²⁶. Yine taraf, bu vakıa için HMK m. 194 kapsamında somutlaştırma yükünü de taşımaktadır. Bu cümleden olarak, karineye dayanan taraf, hak karineleri ve olay karinelerinde karine temelindeki vakıayı ispat etmesi gerekliliğinin neticesi olarak, ispat yükünü takip eden yükler olan iddia yükünü ve somutlaştırma yükünü de taşımaktadır⁴²⁷.

Aksi ispat edilebilen karinelerin karine sonucu açısından tarafların iddia yüküne etkisi ne yönde olacaktır? Karineye dayanan tarafın ispat yükünü taşımadığı karine sonucu açısından iddia ve somutlaştırma yükü var mıdır?

Hak ve olay karinelerinde karine sonucunda yer alan hakkın, hukuki ilişkinin veya vakıanın iddia edilmek zorunda olmadığı kanaati doktrinde hakimdir⁴²⁸. Azınlıkta kalan görüş ise kanun koyucu her ne kadar karine sonucuna dair ispat

⁴²⁶ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 171.

⁴²⁷ Goldmann, **a.g.e.**, s. 25; Gierk, **a.g.e.**, s. 48; Daenzer, **a.g.e.**, s. 60; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 218; Topuz, **a.g.e.**, s. 143; Hedemann, **a.g.e.**, s. 283; Rüegg, **a.g.e.**, s. 48; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 106; Leipold, **a.g.e.**, s. 88; Winkler, **a.g.e.**, s. 5. Karine temelindeki vakıaların HMK m.194 kapsamında somutlaştırma yükünün yanında, karşı tarafın aksi ispat faaliyetinde yaşadığı ispat zorluğu ve imkansızlığı durumunda da karine lehine olan tarafa somutlaştırma yükü yüklenmektedir.

⁴²⁸ Musielak, **Beweislast**, s. 46-47; Leipold, **a.g.e.**, s. 96; Gierk, **a.g.e.**, s. 44, 48; Topuz, **a.g.e.**, s. 145-146, 185. Varsayılan vakıanın iddia edilmesi gerekli değildir, karine temeli iddia ve ispat edildiğinde hakim kararına bu karine kuralını esas almak zorundadır. Bkz. Rosenberg, **a.g.e.**, s. 218; Kuhn, **a.g.e.**, s. 105; Guggenbühl, **a.g.e.**, s.108; Winkler, **a.g.e.**, s. 5; Rüegg, **a.g.e.**, s. 48. Plosz, bir vakıanın ispat edilmesi zorunlu değilse iddia edilmesinin de zorunlu olmadığını ifade etmektedir. İspat zorunluluğu olmadan iddia zorunluluğunun kabul edilmesinin yargılama hukukunda bir anlama sahip olmayacaktır. Bu yüzden de varsayılan vakıanın ya da hakkın iddia edilmesi gerekmemektedir. Ancak yazar hangi hakkın talep edildiğinin ileri sürülmesi gerektiğinden hak karinelerinde hukuki sonucun iddia edilmesi gerektiği kanaatindedir. Bkz. Plosz, **a.g.m.**, s. 28, 40.

muafiyeti sağlamış olsa da iddia yükünden bir muafiyetin söz konusu olmadığı yönündedir⁴²⁹. Şimdi bu görüşlerdeki yazarların düşüncelerine değinelim.

Musielak'a göre⁴³⁰, ispat yükü kanunla belirlenmesine rağmen iddia yükü kanunda düzenlenmemekte ve iddia yükünün de ispat yükü kurallarına göre belirlenmesi gerekmektedir. Maruf meşhur vakıalar ile varsayılan vakılarda kanunun taraflardan birine sağladığı ispat yüküne ve ispata dair muafiyetin iddia yükünde de sağlanması gerekir. Maruf ve meşhur vakıa ile varsayılan vakıa iddia edilmese, taraflar vakıalara dair bilgi sahibi olmasa bile hakim tarafından bu vakıaların re'sen nazara alınması gerekmektedir.

Topuz⁴³¹, iddia ve somutlaştırma yükünün vakıalara ilişkin olduğunu, hakimın hukuku uygulama yetkisiyle ilgili tarafların iddia ve somutlaştırma yüklerinin bulunmadığı kanaatindedir. Karineye dayanan tarafın karine temelini ispat ettikten sonra hakimın nasıl karar vermesi gerektiği yönünde bir iddia faaliyetine gerek bulunmamaktadır. Hak karinelerinde karine sonucu karine olarak kabul edilen hakkı meydana getiren vakıaları da içermektedir. Karine temelinin ispatı halinde birden fazla hukuki sonucun ortaya çıkması ihtimali ve karine aleyhine olan tarafın aksini ispatta neyi ispat etmesi gerektiğini bilmesi açısından karine sonucunu karineye dayanan tarafça iddia edilmesi gerektiği düşünülebilir. Dava dilekçesinde dava konusu ve talep sonucundan hak karinesinin karine sonucu anlaşılabiliriyorsa karineye dayanan tarafın karine sonucunu iddia etmesi gerekmemektedir. Şayet dava konusu ve talep sonucundan da anlaşılabiliriyorsa hakimın davayı aydınlatma ödevi devreye girmelidir.

Leipold da karine sonucunun iddia edilmesinin gerekip gerekmediğini aksi ispat edilebilen karinelerin ispat yükü kuralı olmalarıyla ilişki kurarak açıklamaktadır. Leipold'a göre⁴³² varsayılan vakıa için iddia yükü dokunulmamış şekilde bırakılırsa-bu vakıalar için iddia yükü mevcut kabul edilirse- aksi ispat

⁴²⁹ Goldmann, **a.g.e.**, s. 27 ; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 664; Holzhammer, **a.g.e.**, s. 205.

⁴³⁰ Musielak, **Beweislast**, s. 46.

⁴³¹ Topuz, **a.g.e.**, s. 145- 148.

⁴³² Leipold, **a.g.e.**, s. 87, 91.

edilebilen karineler ispat kuralı olarak anlaşılabilir. Varsayılan vakıanın iddiasının gereksiz olması, karinelerin iddia ve ispat yükü kuralı olmalarından kaynaklanmaktadır. İspat yükü kurallarında belirsizlik söz konusu olduğunda vakıa unsuru gerçekleşmiş gibi uygulanır. Karinelerde de belirsiz vakıa gerçekleşmiş gibi varsayılır. Kanuni karineler etkileri açısından diğer ispat yükü kurallarıyla uyumludur. Bundan dolayı karine sonucunun iddia edilmesi gerekmemektedir.

Leipold⁴³³, hak karinesinin lehine olduğu tarafı hukuki sonuç temelli vakıaların iddiasından kurtarmanın, hak karinelerinin etkisi olarak bu vakıaların ispatı anlamına gelmeyeceğini ve karine lehine olan tarafı hak çıkaracağı vakıayı (olay karinelerinde karine sonucu, hak karinelerinde hakkın çıkarıldığı vakıayı) iddia etmek zorunda bırakmanın kanunun anlamıyla uyumlu olmayacağını belirtmektedir. Ancak, karine taşıyıcısını hakkın sebebi olan vakıaları iddia yükünden tamamen kurtarırsak karşı taraf hangi vakıalara karşı ispat faaliyetinde bulunması gerektiğini bilemeyeceğinden karine lehine olan tarafın hangi vakıaya dayandığını ileri sürmesi gerekir. İşte bu durumda bu vakıalar için karine taşıyıcısının iddia yükü gündeme gelebilir. Hak karineleriyle hakkın meydana gelmesine dair bir çıkarım yapılmamakta, hakime nasıl karar vermesi gerektiğine dair emir verilmektedir. Karine sonucu olan hakkın iddiası iura novit curia-hakim hukuku resen uygular ilkesi gereği gereksiz kalır. Ancak hakim karineye dayanan taraf hangi hakkı iddia ettiğini ifade etmediğinde hangi hakkın talep edildiğini anlayamazsa bu durumda karine sonucunun iddia edilmesi gerekir. Bu ise karine temelinin farklı karinelere temel olduğunda mümkündür. Mülkiyet karinesinde, zilyetlik mülkiyete karine teşkil edebileceği gibi zilyet söz konusu mal üzerinde rehin hakkı da iddia edilebilir. Bu yüzden kural olarak karineye dayanan taraf karine sonucunu iddia etmesi gerekmebile, bu halde karine sonucunu iddia etmesi gerekir⁴³⁴.

⁴³³ Leipold, **a.g.e.**, s. 96-97, 98.

⁴³⁴ Davanın kabulünde, hakim hangi hukuki ilişkinin temelde olduğuna kani olmadan karar verir. Somut davayı daha fazla hak karineleri haklı kıldıkça, gerekçede hangi karinenin kararı haklı kılacağı belirtilmez. Ancak bu durum davanın kabulüne dair bir sıkıntı oluşturmaz. Tespit davası açıldığında da davacı aynı hak tespitinde bulunulmasını talep ederek davasını yürütemez. Davacı hangi aynı hakkı (intifa, irtifak, şufa mı yoksa başka bir aynı hakkı mı) talep ettiğini belirtmelidir. Bkz. Leipold, **a.g.e.**, s. 98-99.

Aksi ispat edilebilen kanuni karinelerin karine sonucunun iddia edilmesi kanaatinde olan yazarlar ise şu şekilde görüşler beyan etmektedir.

Goldmann⁴³⁵, hak karinesi ya da olay karinesini ileri süren tarafın her durumda karine sonucunu iddia etmesi gerektiğini ifade etmektedir. Her iki karine türününün ileri sürülmesinde büyük oranda benzerlik vardır. Ancak aralarındaki önemli fark şöyledir: Karine sonucunda doğan hakkın kaynaklandığı hukuki ilişkiye dair tartışma mevcutsa sadece hakkın değil bu hakka esas alınabilecek hukuki vakıaların da iddia edilmesi gerekebileceğidir. Netice olarak yazar, iddia yükü açısından olay ve hak karinelerinin bir farkı olmadığını, her iki durumda karine sonucuna dair tarafların iddia yükünün mevcut olduğunu kabul etmektedir.

Türk hukukunda karine sonucunun iddia edilmesi gerektiği yönündeki görüşü Pekcanitez, Atalay, Özekes ileri sürmektedir. Yazarlara göre⁴³⁶ bir davada önem taşıyan tüm vakıalar kural olarak ve mutlaka iddia edilmelidir. Bir vakıa hakkında ispat yükünün bulunmaması bu vakıanın iddia edilmek zorunda olmadığı sonucunu doğurmaz. Bir hukuk normunun aradığı koşul vakıalara karşılık gelen somut vakıaların varlığının mahkemeye bildirilmesine dair tarafların görevi iddia yükü kavramıyla ifade edilmektedir. Yani hukuk kurallarının gerektirdiği maddi vakıaların mahkemeye getirilmesi gerekmekte olduğundan, herkesçe bilinen vakıaların ispat edilmesi gerekme bile iddia edilmeleri gerekmektedir⁴³⁷. Kanuni karinelerin söz konusu olduğu durumlarda da karine sonucuna dair karineye dayanan tarafın ispat ve delil ikame yükü olmasa da, karineden hareketle ispatlanmış sayılacak bu somut vakıaların iddia edilmesi gerekmektedir. Nitekim bir vakıa iddia edilmeden bu vakıaların ispatının gerekip gerekmediği anlaşılamaz.

Kanaatimizce, iddia yükü ispat yükü kurallarına göre belirlenen, ispat yükünü takip eden bir müessesedir. İspatı gereken çekişmeli vakıaları tarafın mahkemeye

⁴³⁵ Goldmann, **a.g.e.**, s. 27 vd.

⁴³⁶ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 664.

⁴³⁷ Karşılı, taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda iddia edilmemiş hususların hakim tarafından dikkate alınmamasının, maruf ve meşhur vakıalarda hükmün sağlıklı olmamasına sebep olacağını belirtmektedir. Çünkü gerçeğe uymayan bir hükmün verilmesi yargılamanın başında kabul edilmiş olmaktadır. Bkz. Karşılı, **Medeni Muhakeme**, s. 320-321.

sunması, iddia etmesi ve somutlaştırması gerekir. Bir vakıanın ispatı gerekmiyorsa iddia edilmesi de gerekmemektedir. Bu vakıaları hakimın bir kenara ayırması ve ispatı gereken, çekişmeli vakıaların iddia ve ispatıyla ilgilenmesi gerekir. Keza bir vakıanın ispatının gerekip gerekmediğini tarafların iddiasına gerek kalmadan hakimın dava dosyasından kendiliğinden de anlaması gerekir. Dolayısıyla, kanaatimizce, hak ve olay karineleri, karineye dayanan tarafı ispat yükünden muaf tuttuğu ölçüde iddia yükünden de muaf tutmaktadır.

İspatın konusunu vakıaların teşkil ettiği gibi iddianın konusunu da vakıalar teşkil etmektedir. Bir vakıanın iddiası taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı yargılamada mahkemeye sunulmasıdır. Taraf vakıayı mahkemeye sunar, bu vakıadan çıkardığı hakkı ise talep eder. Karine sonucunu karineye dayanan tarafın iddia etme zorunluluğu kabul edildiğinde, olay karineleri açısından bu durumu uygulamak belki mümkün olurken, hak karinelerinde karine sonucunu teşkil eden hakkın iddia yükü kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmamaktadır. Yani hak karinelerinde karine sonucunda yer alan hakkın iddia edilmesi teknik olarak mümkün değildir.

Hak ve olay karinelerinde karine sonucunda yer alan vakıaya, karine sonucunda yer alan hakka veya hukuki ilişkiye ve bu hususların meydana gelmesini sağlayan ancak karinede gizli olan vakıalara yönelik karineye dayanan tarafın iddia yükü kanaatimizce mevcut değildir.

Bu kuralın da istisnası söz konusu olabilir. Bazı durumlarda, hak karinesinin karine temelini iddia ve ispat eden tarafın karine sonucundaki hakkı, hukuki ilişkiyi meydana getiren vakıayı iddia etmesi gerekebilmektedir⁴³⁸. Zilyetliğini ispat eden taraf, mülkiyet hakkı sahibi olduğunu ileri sürebileceği gibi rehin hakkı sahibi olduğunu da ileri sürebilir. Zilyetliğini iddia ve ispat eden tarafın, mülkiyet hakkını iddia etmediği takdirde rehin hakkı sahibi olduğu da kabul edilebilir. Eğer, talep sonucu ve dava konusundan karine sonucu anlaşılabilirse, karine sonucunun iddia

⁴³⁸ Bu durumu hak karinelerinin aksi ispatının zor olduğu durumlarda dürüstlük kuralının kapsamında açıkladık.

edilmesi gerekmemektedir⁴³⁹. Ancak talep sonucundan ve dava konusundan⁴⁴⁰ karine sonucu anlaşılamiyorsa ve karinenin uygulanıp uygulanmayacağı belli değilse hak talebinin netleştirilmesi gerekmektedir. Aksi halde bu belirsizlik taraf aleyhine sonuç doğurur. Hangi karinenin uygulanacağı ve talep sonucunda söz konusu olabilecek belirsizlik durumunda, hakimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında (HMK m. 31) belirsiz kalan hususların açıklatılmasını sağlaması gerekir⁴⁴¹.

Aksi ispat edilebilen karinelerin taraflara etkisini iddia yükü açısından ele aldık ve karine sonucunun iddia edilmesinin gerekmediği sonucuna vardık. Her ne kadar bu karinelerin taraflara ve hakime etkisini ayrı başlıklarda ele alsak da, tartışmaların hem hakimin hem de tarafların durumunu ilgilendirmesinden dolayı, her iki konuya iki başlıkta da değinmemiz gerekti. Bu yüzden aksi ispat edilebilen karinelerin hakime etkisini anlatırken yukarıda ifade ettiğimiz tartışmalara tekrar değinmemiz gerekebilir.

2. Aksi İspat Edilebilen Kanuni Karinelerin Hakime Etkileri

Aksi ispat edilebilen karinelerin hakime etkisini birkaç başlıkta ele alacağız. Karine sonucunun iddia edilmesinin gerekmemesi ve hakimin Türk hukukunu re'sen uygulamasını, karine sonucundaki ispat muafiyetinin delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine etkisini ve hak karinelerinin hakimin hukuku uygulama yetkisini elinden alıp almadığını inceleyeceğiz.

⁴³⁹ Guggenbühl, **a.g.e.**, s.112; Topuz, **a.g.e.**, s. 147. Kanuni karineler hukuki sebep olduklarından aslında hukuki sebep bildirilmemesi ya da bildirilen hukuki sebepleri neticesinde ortaya çıkan çelişkili durumlar açısından da konu ele alınabilir. Konuya ilişkin olarak bkz. Özkes, **Hukuki Sebep**, s. 766.

⁴⁴⁰ Her ne kadar HMK m. 119'da dava konusu zorunlu içerikten sayılmasa da Harçlar Kanunu m.5 gereğince harca tabi bedelin tespiti için dava konusunun belirlenmesi gerekmektedir.

⁴⁴¹ Topuz, **a.g.e.**, s. 148-149. Bu belirsizlik durumunda karine sonucunun iddia edilmesi gerektiği yönünde bkz. Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 147.

a. Karine Sonucunu Hakimin Re'sen Nazara Alması

Karine sonucunu tarafların iddia etmesinin gerekli olmadığı yönündeki sonuç, HMK m. 33'te düzenlenmiş olan *hakimin Türk hukukunu kendiliğinden uygular* ilkesi ile ilişkilidir. *Iura novit curia-hakim hukuku bilir ilkesi*, davada tarafların hiçbir hukuki sebep ileri sürmemeleri veya yanlış hukuki sebep ileri sürmeleri durumunda zarar görmemeleri, hukuku bilmemelerinden ötürü hak kaybına uğramamaları anlamına gelmektedir⁴⁴². Hukuki sebep ise tarafın talebine hükmedilebilmesi için dava sebebine uygulanacak olan soyut hukuk normu⁴⁴³, vakıaların hukuki mahiyeti ve nitelendirilmesidir⁴⁴⁴. Tarafların dilekçelerinde gösterdikleri hukuki sebepler hakime yardımcı olmakla beraber hakim bu hukuki sebeplerle bağlı değildir ve kendisi tarafın dayanmadığı hukuki sebebe göre karar verebilmektedir⁴⁴⁵. Bu ilke gereğince maddi vakıaları tarafların davaya getirmesi ve ispat etmesi gerekirken, hukuki nitelendirmeyi yapan ve hukuku uygulayan sadece hakim olmalıdır⁴⁴⁶. Hakimin hukuku re'sen uygulaması ilkesinin kapsamına Türk kanunları, örf ve adet hukuku, yabancı hukuk da girmektedir⁴⁴⁷.

Iura novit curia ilkesi hakimin hukuku bildiğini ve uygulamasının gerekliliğini kabul eder. Kanuni karineler de hukuk kuralı olmalarından dolayı bu ilkenin kapsamına girer ve hakim tarafından re'sen nazara alınabilir. Yani burada *non ultra petita*-talepten fazlasına hükmedilemeyeceği ilkesi yer bulmaz, keza karine temeli iddia ve ispat edildiğinde, karine sonucunun *iura novit curia* ilkesi gereğince

⁴⁴² Açılmış bir davada uygulanması gereken hukuk kurallarını hakim bulup uygulamalıdır. Ancak bu ilke aslında farazi olarak kabul edilmektedir. Çünkü bir hakimin uygulanması muhtemel tüm kanunları bilmesi mümkün değildir. Bu ilkenin kabul edilmesinin sebebi ise hakimin uygulayacağı kanunu kendiliğinden araştırmak zorunda olmasıdır. Bkz. Akil, **a.g.m.**, s. 3; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 106. Tarafların hukuki sebep bildirme zorunluluğuna ilişkin olarak bkz. Özekes, **Hukuki Sebep**, s. 745-779.

⁴⁴³ Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 227.

⁴⁴⁴ Kanuni sebep hukuki sebepten ayrı bir kavramdır. Hukuki sebep bir talebi veya savunmayı haklı kılan hukuki dayanakları içermekteyken, kanuni sebebin içerisinde dar anlamda kanuni düzenlemeler ve geniş anlamda diğer yazılı hukuk kuralları yer almaktadır. Bkz. Özekes, **Hukuki Sebep**, s. 749.

⁴⁴⁵ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 299; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 106. HMK m. 119'da hukuki sebep dava dilekçesinin zorunlu unsurlarından sayılmamıştır.

⁴⁴⁶ Akil, **a.g.m.**, s. 11; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 299; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 106.

⁴⁴⁷ Akil, **a.g.m.**, s. 27.

hakim tarafından re'sen uygulanması gerekir⁴⁴⁸. Karine temeli iddia ve ispat edilemediğinde hakim karine lehine olan tarafa karineye dayanabileceğini hatırlatamaz⁴⁴⁹. Çünkü dava malzemesinin taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı yargılamada karine temelinde yer alan vakıa taraflarca mahkemeye getirilmek zorundadır, hakimin bu vakıayı re'sen nazara alması mümkün olmadığı gibi HMK m. 25/1'e göre vakıaları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz.

Sonuç olarak aksi ispat edilebilen kanuni karinelerin karine sonucunun, tarafların iddiasına gerek kalmadan, hakimin hukuku re'sen uygulama yetkisi kapsamında nazara alınması gerekmektedir. Karine sonucunun uygulanmasında karinelerin hakime etkisi bu yöndedir.

b. Aksi İspat Edilebilen Karinelerin Hakimin Delilleri Serbestçe Değerlendirme İlkesine Etkisi

HMK m. 198 “*Kanuni istisnalar dışında hakim delilleri serbestçe değerlendirir*” kuralına yer vermiştir⁴⁵⁰. Mahkemeye delillerin sunulmasından sonra tahkikat aşamasında iddia edilen vakıaların ispatına yönelik yapılan faaliyette, hakim delilleri değerlendirerek, bu vakıaların hakikat olduğuna ikna olabileceği gibi ikna olmayabilir de⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 111; Edis, **a.g.e.**, s. 375; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 171; Topuz, **a.g.e.**, s. 146. Yıldırım, İİK m. 280/son fıkrada öngörülen şartların varlığı halinde, dilekçe ve beyanlarda açıkça dayanılmamış olsa dahi, hakimin kanuni karineyi re'sen göz önünde tutması sonucu fıkranın alacaklı lehine kullanılmakta olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Yıldırım, **a.g.m.**, s. 482.

⁴⁴⁹ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 171

⁴⁵⁰ ZPO § 286

⁴⁵¹ İspat edilmesi gereken vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediği genel olarak delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine göre karar verilir. Delillerin değerlendirilmesinin konusunu sadece delillerin ikamesi değil, delil ikamesinde tarafların uyumsuzluk konusuna dair iddiaları ve yargılamadaki diğer davranışları da teşkil eder. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi, hakimin sıkı ispat kurallarıyla bağlı tutulmasının isabetli olmadığını öngören ve yaşam deneyimleriyle delilleri serbestçe değerlendirip kanaatine göre karar vermesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Guldener, **Zivil**, s. 321, 322; Blomeyer, **a.g.e.**, s. 383. Habscheid bu ilkenin istisnalarına ikrarın bağlayıcı olduğu durumu ve ZGB Art. 9 resmi senetlerin ispat gücü düzenlemesini örnek olarak vermektedir. Bkz. Habscheid, **a.g.e.**, s. 398-399.

Hakim karine temeline yönelik yapılan ispat faaliyetinde, delilleri serbestçe değerlendirerek karine temelinde yer alan vakıanın hakikat olduğuna karar verebilecektir⁴⁵². Ancak, karine sonucuna dair hakimın iknasına gerek kalmadan karine sonucunu ispatsız şekilde uygulamasının gerekmesi delillerin serbestçe değerlendirme ilkesini bertaraf etmektedir⁴⁵³. Karine sonucunda delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi sınırlandırılmamakta, bu ilke uygulama imkanı bulamamış olmaktadır⁴⁵⁴. Keza karine sonucunun gerçek olup olmadığına dair hakimın iknası aranmamaktadır ve kanunun emri olarak hakimın bu sonucu uygulaması gerekmektedir.

c. Hakimin Hukuku Uygulama Görevine Etkisi

Hakimin hukuku uygulama görevine karinelerin etkisine dair yapılan tartışmanın başlangıç noktasını hak karinelerinin olay karinelerinden farklılıkları oluşturmaktadır. Bu bağlamda hak karinelerinin olay karinelerinden farklılık taşıyan vakıa sayısına değinelim.

Olay karinelerinde karine sonucunun konusunu teşkil eden vakıalar belli iken, hak karinelerinde sayısız ve farklı türde olaylar-koşul vakıalar karinenin kapsamına alınmıştır⁴⁵⁵. Maddi hukuk sonucu ile dolaysız bir şekilde bağlanmış olan hak

⁴⁵² Rüegg, **a.g.e.**, s. 61; Topuz, **a.g.e.**, s. 157.

⁴⁵³ Siegrist, **a.g.e.**, s. 230; Prütting, Gehrlein, **a.g.e.**, s. 852; Rüegg, **a.g.e.**, s. 61.

⁴⁵⁴ *Einschraenkung der Beweiswürdigung* değil de *Befreiung von der Beweiswürdigung* kullanımının uygun olacağı yönünde bkz. Rüegg, **a.g.e.**, s. 61. Eğer delillerin değerlendirilmesinin kısıtlandığını kabul edersek, karinelerin ispat kuralları olduklarını da kabul etmemiz gerekir. Winkler hak karinelerinde delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin kısıtlandığı yönündeki görüşü eleştirmektedir. Bkz. Winkler, **a.g.e.**, s. 6.

⁴⁵⁵ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 231; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 53; Behm, **a.g.e.**, s. 8-9; Topuz, **a.g.e.**, s. 102. Olay karinelerinin sadece vakıa materyalini sunacağını ve olay karinelerinin etkisi hakimın takdirine bırakılırken hak karineleri kapsamlı etkileriyle hakimın düzenleme yetisine müdahalede bulunacağını Behm ifade etmektedir. Buna yol açarsa hak karinelerinin arkasında birden fazla vakıanın yer alması ve bu vakıaların hak karinesinin oluşumunu sağlamasıyla hak karinelerinin daha şumullu bir etkiyi haiz olmasıdır. Bkz. Behm, **a.g.e.**, s. 26-27. Loewy ise hak karinelerinin karine sonucundaki hakkın meydana gelmesine dair düzenleme olmadığını, bu karinelerin hakkın mevcudiyetine yönelik olduğunu, bu yüzden de hakkın meydana gelmesine sebep olan vakıaların karinede varsayıldığını kabul etmenin isabetli olmadığını ifade etmektedir. Karine sonucundaki hakkın meydana gelmesine sebep olabilecek vakıaların varlığının varsayılması ise zihinsel düşüncenin ürünü olabilir. Ancak yargılamada iddia edilmesi de gerekmeyen bu vakıaların meydana gelmiş olduğuna dair bir kabul isabetli değildir. Bundan dolayı da bu vakıaların iddia ve ispatının anlamsız olması gibi bu vakıalara karşı yapılan ispat faaliyeti de anlamlı değildir. Karinenin aksinin hangi vakıaların ispatıyla

karineleri, tek unsurlarla sabitlenmiş değildir ve hukuk uygulamasında olay karinelerinden bir adım ileriye gitmektedir⁴⁵⁶. Hak karinelerinin hukuk uygulamasını hakimın yerine getirdiğini düşünen Guggenbühl, hak karinelerinde unsurların münferit olarak ortaya çıkmayıp, kanun koyucunun bağladığı hukuki sonuçlarla birlikte ortaya çıktığını ifade etmektedir. Bu yüzden de hak karinelerini olay karinelerinin nitelikli hali olarak adlandırmaktadır⁴⁵⁷. Kuhn da, hak karinelerinin varsayılan hakkın unsuru olan vakıadan çıkarım yaptığını ve olay karinelerinden bir adım daha ileri giderek varsayılan vakıaya hukuki sonuç bağladığını ifade etmektedir⁴⁵⁸.

Somut olayda hangi vakıanın, hakkın meydana gelmesinde etkili olduğu hak karinelerinde açık bırakılmıştır⁴⁵⁹. Karine sonucundaki hakkın meydana gelmesi için gerekli unsurlar olan vakıaların da, hak karinesinde mevcut olarak varsayıldığı ve bu şekilde hak karinelerinin kısaltılmış olay karineleri olduğu kabul edilmektedir⁴⁶⁰. Katıldığımız bu kanaate göre, hakkın doğumu için birden çok vakıanın olması ihtimal dahilindedir. Karine sonucu, varsayılan hakkın oluşmasını sağlayan objektif hak kuralıyla bağlantılı olan tüm vakıalarla kurulabilir ve birçok vakıa hak karinesinde kısaltılmış, gizlenmiş olarak bulunabilir⁴⁶¹. Ancak bu vakıalar, karine sonucu gibi teknik anlamda varsayılmamaktadır. Bu vakıaların iddia ve ispatlarına

ispatlanabileceği münferit olarak karinelere göre değişmektedir. Karşı tarafın da sadece olayda söz konusu olabilecek, belirli meydana gelme veya ortadan kalkma sebeplerini ispat etmesi gerekir. Bkz. Loewy, **a.g.e.**, s. 16.

⁴⁵⁶ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 53-54; Kuhn, **a.g.e.**, s. 104. Olay karineleri her zaman sadece bir veya daha fazla belirli vakıalara konu alırken, hak karineleri sayısız ve farklı türde haklara dairdir. Bu yüzden de hak karineleri maddi hukukun diğer tüm normlarından ayrılmaktadır. Bkz. Leipold, **a.g.e.**, s.231.

⁴⁵⁷ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 53.

⁴⁵⁸ Kuhn, **a.g.e.**, s. 104.

⁴⁵⁹ Prütting, **a.g.e.**, s. 80; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 50; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 227.

⁴⁶⁰ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 50; Behm, **a.g.e.**, s.7-8; Plosz, **a.g.m.**, s. 40; Topuz, **a.g.e.**, s. 102; Leipold, **a.g.e.**, s. 94-95, 100; Rüeegg, **a.g.e.**, s. 26.

⁴⁶¹ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 50; Behm, **a.g.e.**, s.7-8; Plosz, **a.g.m.**, s. 40; Topuz, **a.g.e.**, s. 102. Hakkı temellendiren vakıaların mevcut olduğu ve hakkı engelleyen ve hakkı ortadan kaldıran vakıaların mevcut olmadığı varsayılır. Hak karinelerinde olay karinelerindeki gibi olma ihtimali tartışılan ispat edici etki, ancak hak karinelerinin olay karinelerinde çözüldüğünün kabulüyle desteklenebilir. Bkz. Leipold, **a.g.e.**, s. 94. Varsayılan hakkın mevcudiyetinden yola çıkılarak, hakkı meydana getiren, ortadan kaldıran, engelleyen vakıaların ispatına gerek olmadan bu vakıaların mevcudiyeti kabul edilir ve hakimın bu unsurların varlığına ikna olması gerekmez. Bkz. Winkler, **a.g.e.**, s. 5.

gerek yoktur. Zira hak karineleri, hakkın temelindeki hakiki vakıanın tespiti için bir araç değildir⁴⁶².

Doktrindeki baskın görüş, hak karinelerinde varsayılan hakkın ya da hukuki ilişkinin mevcut olması veya mevcut olmaması söz konusu olduğundan, bir hukuki nitelendirme yapılmakta, hakimin hukuku uygulama yetkisi kısıtlanmış ve hakimin hukuku uygulama görevi hak karinelerince üstlenmiş olmaktadır yönündedir⁴⁶³. Ayrıca hak karinelerinin, hukuki ilişkinin mevcudiyetine dair doğrudan sıçrama yaparak, kazai altlama faaliyetini hariç bırakmasından dolayı, hakimin normun altındaki vakıaları altlamaktan kurtulduğu da ifade edilmektedir⁴⁶⁴.

Tarafın dava malzemesi olan vakıaları hukuki sebeple birlikte mahkemeye sunması ve hakimin de bu hukuki sebeple bağlı olmadan hukuku uygulaması gerekmektedir⁴⁶⁵. Karine temeli ispat edildiğinde karine sonucunun uygulanmasını sağlayacak, karine sonucu ile karine temelini bağlantısını bilecek olan hakimdir. Somut olaya altlama faaliyetiyle kanuni karineyi uygulayacak olan da yine hakimdir. Hak karinesi kendi kendine somut olaya uygulanmamaktadır. Hak veya olay karinesinin, hakim Türk hukukunu kendiliğinden uygular ilkesi gereğince ve diğer hukuk kuralları gibi, hakimin somut olaya uygulanmasıyla hayat bulacaktır. Ayrıca kanun koyucu sadece kanuni karinelere değil, diğer hukuk kurallarında da hukuki nitelendirmeyi madde metninde belirtmiş olabilir. Bu durumda da hukuk kuralı hakimin hukuku uygulama görevini üstlenmiş mi olmaktadır? Hak karineleri ve olay karineleri genel, soyut ve objektif kurallardır. Hak karinesinin sonucunda hukuki nitelendirme yapılsa da bu somut olay için yapılan bir nitelendirme değil, genel bir

⁴⁶² Mülkiyet hakkının hukuki işlemle kazanıldığını kabul ettiğimizde mülkiyet hakkının kazanımı sırasında hukuki işlem ehliyetinin var olduğunu da karinenin kapsamı gereğince kabul ederiz. Bkz. Behm, **a.g.e.**, s. 11, 12,42.

⁴⁶³ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 53; Kuhn, **a.g.e.**, s. 104; Winkler, **a.g.e.**, s. 5; Topuz, **a.g.e.**, s. 111; Gierk, **a.g.e.**, s. 43. Bu yüzden de hak karinelerinin sadece kanun tarafından düzenlenebileceği, tarafların hukuki işlemleriyle hak karineleri oluşturulamayacağı kabul edilmektedir. Bkz. Rosenberg, **a.g.e.**, s. 230; Gierk, **a.g.e.**, s. 22; Hedemann, **a.g.e.**, s. 305. Hak karinelerinin hakimin hukuku uygulama görevini üstlendiği yönündeki kabule aksi görüş için bk. Rüegg, **a.g.e.**, s. 25. Loewy ise bu görüşe, karinenin aksi ispat edilebildiğinde hakimin bu karineyi nazara alamayacağından dolayı, hak karinelerinin hukuku uygulama yetkisini hakimin elinden aldığı yönündeki görüşe katılmamaktadır. Bkz. Loewy, **a.g.e.**, s. 19.

⁴⁶⁴ Gierk, **a.g.e.**, s. 40.

⁴⁶⁵ Özkes, **Hukuki Sebep**, s. 757, 758, 760.

kural mahiyetindedir. Söz konusu kuralları, somut olaya uygulayacak olan da hakimdir. Bundan dolayı, hak karinelerinin hakimın hukukun uygulanma yetkisini eline almış kurallar olduğunu düşünmemekteyiz⁴⁶⁶.

Kanuni karinelerin hakimi bağlamaları ve kendiliğinden karine sonucunun uygulanmasının gerekliliği, kanun yoluna gidildiğinde de önem arz etmektedir. Karine sonucu taraf iddia etmedi diye uygulanmamış veya karine temeline göre uygulanması gereken karine sonucu değil de farklı bir sonuç uygulanmışsa HUMK m. 428/I gereğince kanuna aykırılıktan dolayı hükmün bozulması gerekmektedir⁴⁶⁷. Çünkü hakim kanunda öngörülen kuralı uygulamakta hata etmiştir.

C. HAKİMİN RE'SEN HAREKET İLKESİ VE ARAŞTIRMA İLKESİNİN UYGULANDIĞI YARGILAMADA

Medeni muhakeme hukukunda hakim olan ilke dava malzemesinin taraflarca getirilme ilkesi olmakla birlikte kamu düzeninden olan davalarda re'sen hareket ilkesi (*Offizialmaxime*) ve araştırma ilkesi (*Untersuchungsmaxime*) uygulanmaktadır. Re'sen hareket ilkesi tasarruf ilkesinin karşısında yer alan, tarafların talebi olmadan mahkemenin harekete geçebilmesini ve hüküm verebilmesini ifade eden bir ilkedir⁴⁶⁸. Araştırma ilkesi ise ihtilafın çözümü için dava malzemesinin taraflarca getirilmesinin mutlak gerekliliğinden bağımsız olarak hakimın de dava malzemesini- vakıa ve delilleri-araştırıp, hükme esas teşkil edecek vakıaları ve delilleri yargılamaya getirebilme yetkisini ifade etmektedir⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ Aynı yönde bkz. Rüegg, **a.g.e.**, s. 61-62.

⁴⁶⁷ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 177; Topuz, **a.g.e.**, s. 112.

⁴⁶⁸ Esasen re'sen hareket ilkesi tasarruf ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilse de davanın ancak tarafça açılmasının istisnası-hakim tarafından re'sen davanın görülmesi- bulunmamaktadır. Kamu yararının ağır bastığı bazı hallerde savcı kamu davasını açabilecektir. Bkz. Karlı, **Medeni Muhakeme**, s. 297. Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 182-183.

⁴⁶⁹ Karlı, **Medeni Muhakeme**, s. 315; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 183.

Aksi ispat edilebilen kanuni karinelerin uygulandığı davaların kanuni karinelerin uygulanmasına etkilerine dair tartişmalı olan husus, bu davalarda ispat yükü kurallarının uygulanmasına yönelik tartişmalardan kaynaklanmaktadır⁴⁷⁰.

Gierk'in kanaatine göre karinelerin re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda teknik olarak uygulanması mümkün deđildir⁴⁷¹. Yazara göre, çekişmesiz yargıda taraf yoktur, ilgili vardır ve bu ilgililere düşen bir ispat yükü bulunmamaktadır. Talebin gerekli unsurlarına inandırılması söz konusudur. Bu yüzden de hak karinelerinin de bu durumda etkilerini kaybetmeleri gerekir. Keza hak karineleri ispat yükü kuralları olduklarından ispat yükü kurallarının uygulandığı yargılamada uygulama alanı bulabilmelidir. Buna rağmen hak karinelerinin çekişmesiz yargıdaki önemli fiili (teknik değil) anlamı inkar edilemez.

Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı bir alan olan çekişmesiz yargı işlerinde ispat yükü kurallarının uygulanamayacağı ifade edilirse, o zaman bu işlerde karinelerin uygulama alanı olmayacaktır. Kanuni karinelerin re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, çekişmesiz yargı işlerinde uygulanması mümkündür⁴⁷². Keza kanun koyucu re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda kanuni karinelerin uygulanmasını uygun görmüş ve kamu düzenini ilgilendiren davalarda karinelere yer vermiştir. Örnek olarak, babalık davası, nesebin reddi davası re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalardır⁴⁷³. Kanun koyucu bu davalarda uygulanabilecek olan TMK m. 285 ve m. 287'de yer alan karineleri düzenlemiştir.

⁴⁷⁰ Objektif ispat yükü kurallarının re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda uygulanıp taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda subjektif ispat yükünün uygulanmayacağına dair bkz. Rosenberg, **a.g.e.**, s. 24,41; Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 45; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 668; Hasbcheid, **a.g.e.**, s. 386; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 309. Çekişmesiz yargı işlerinde talep eden sadece objektif ispat yükünü taşıyor Rosenberg, **a.g.e.**, s. 41. Subjektif ispat yükünün, objektif ispat yükü gibi her iki yargılamada uygulanacağına dair bkz. Atalay, **a.g.e.**, s. 22; Musielak, **a.g.e.**, s. 39, Prütting, **a.g.e.**, s. 38-39.

⁴⁷¹ Gierk, **a.g.e.**, s. 35.

⁴⁷² Winkler, **a.g.e.**, s. 13; Topuz, **a.g.e.**, s. 149 vd.

⁴⁷³ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 304; Karlı, **Medeni Muhakeme**, s. 316-317. "Soybağına ilişkin davalarda hakim, **maddi olguları re'sen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder (TMK. md. 284/1)**. Bu tür davalarda davalının davayı kabulü tek başına sonuç doğurmaz. Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları bakımından tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler (TMK. md. 284/2)" 2. HD., 5.2.2009, E. 2007/16236, K. 2009/1545 (Yargı Dünyası, 164/71).

Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, hak ve olay karinelerinin temelleri, genel kurala uygun olarak iddia ve ispat edilebilir. Taraflarca getirilme ilkesinden farklı olarak karine temelindeki vakıanın hakikat olup olmadığına dair hakimın re'sen araştırma yapabilmesi ve delil toplaması da mümkündür. Örnek olarak, babalık davasında çocuğun evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğup doğmadığını, karine lehine olan taraf iddia ve ispat etmese bile hakimın kendisinin araştırma yapıp bu vakıanın mevcut olduğunu kabul ederek, karine sonucunu uygulaması mümkündür.

İddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı bu davalarda, söz konusu olmayacağından yargılamanın ilerleyen safhalarında da karine lehine olan tarafın karineye dayanmasına bir engel bulunmamaktadır. Yine karine sonucundaki vakıanın, hak veya hukuki ilişkinin temelindeki vakıaların da, iddia ve ispatına taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalardaki gibi bu davalarda da gerek bulunmamaktadır⁴⁷⁴.

IV. AKSİ İSPAT EDİLEBİLEN KARİNELERİN HÜKÜMSÜZ HALE GELMESİ

Aksi ispat edilebilen karinelerin hükümsüz hale gelmesi, bu karineleri kesin karinelere ayıran ve kanuni karinelerin hukuki niteliğini belirlerken önemli rol oynayan bir husustur⁴⁷⁵. Aksi ispat edilebilen karinelerin somut olaya uygulanmaması, aksi ve karşı ispat faaliyetleri yerine getirilerek sağlanabilir. Aksi ve karşı ispat faaliyetleri dışında, karinelerin ortadan kaldırılması karinenin uygulanmasını engelleyen bir karşı normun mevcudiyetiyle de mümkün olabilir⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ Topuz, **a.g.e.**, s. 153 vd.

⁴⁷⁵ Aksi ispat faaliyetiyle karinenin somut olayda uygulanmasının önüne geçilmesi karinenin çürütülmesi *Widerlegung-Entkraeftung* iken karşı ispat faaliyetiyle karine temelinde dair hakimın kanaati sarsılarak karinenin uygulanmasına engel olunması ise karinenin ortadan kaldırılması *Beseitigung* olarak ifade edilmektedir. Bkz. Kuhn, **a.g.e.**, s. 105; Rüegg, **a.g.e.**, s. 63 vd.

⁴⁷⁶ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 129; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 222, 232; Topuz, **a.g.e.**, s. 163; Donau, **a.g.m.**, s. 453. Rosenberg'in norm teorisine göre bir hukuk kurallının uygulanmasını engelleyici karşı norm bulunduğu takdirde bu tarafa ispat yükü düşmektedir.

Nitekim hukuk kurallarının geçerliliği, maddi hukuk açısından getirilen etki sınırı olarak kanundaki yerleri ve diğer hukuk kurallarıyla ilişkisine göre belirlenmektedir⁴⁷⁷. Dolayısıyla karine normunu ortadan kaldıracak güçte bir karşı normun varlığı halinde, karşı normun koşul vakıalarına dair ispat faaliyeti başarılı olduğu takdirde, karine normunun uygulanmasına engel olunabilir⁴⁷⁸.

Kanuni karinelerin uygulanmasını engelleyen bir başka durum ise karine sonucunun karineden bağımsız bir şekilde ispat edilmesidir⁴⁷⁹. Bu halde de karinenin uygulanması fiili belirsizlik şartının bulunmamasından dolayı mümkün olmamakta ve karine hükümsüz hale gelmektedir. Ancak karine sonucundaki asıl normun koşul vakıaları ispat edilerek karineden yararlanılmasa da asıl normdaki hukuki sonuç doğacaktır⁴⁸⁰.

Kanuni karinelerin hükümsüz hale gelmesindeki bir başka sebep de karinelerin çatışması halidir⁴⁸¹. Şimdi karinelerin çatışması durumuyla kanuni karinelerin hükümsüz hale gelmesini incelemeye başlayalım.

A. KARİNELERİN ÇATIŞMASI

Karinelerin çatışmasını⁴⁸² bir üst kavram olan norm çatışması kapsamında ele alalım. Norm çatışmasının iki hukuk kuralının sonucu aynı somut olaya bağlıysa ve

⁴⁷⁷ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 128.

⁴⁷⁸ Topuz, **a.g.e.**, s. 163; Donau, **a.g.m.**, s. 453.

⁴⁷⁹ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 137; Topuz, **a.g.e.**, s. 166.

⁴⁸⁰ Atalay, **a.g.e.**, s. 48.

⁴⁸¹ Bu hallerden başka, taraflar aralarında yaptıkları sözleşme ile kanuni karinelerin uygulanmasına engel olabileceklerdir. Ancak bunun için kanunda düzenlenmiş olan bir kanuni karinenin emredici bir düzenleme olmaması gerekir. Sözleşme ile hak karinesi veya olay karinesi konulup konulamayacağına ilişkin yukarıda açıklamalarda bulunmuştuk. Doktrindeki baskın görüş tarafların olay karinesi oluşturmalarının mümkün olmasına rağmen hak karinelerini belirleyemeyeceği yönündeydi. Baskın görüş kanunun belirlediği olay karinelerinin aksini kararlaştırmanın mümkün olduğunu ancak hak karineleri emredici düzenlemeler olduklarından bu düzenlemelerin aksinin kararlaştırılmayacağı yönündedir. İspat yüküne dair yapılan sözleşmelerin sınırları dahilinde gerek olay karineleri gerek hak karinelerinin uygulanmayacağına-ortadan kaldırılacağına- dair sözleşme yapılması mümkündür.

⁴⁸² Topuz “Karine Çakışması” kavramını kullanmaktadır. Bkz. Topuz, **a.g.e.**, s.163 vd. Kanun koyucu TMK m. 290’da karinelerin çakışması ifadesini kullanmıştır. Umar, Yılmaz ve Oğuzman, Barlas ise “Karine/Norm Çatışması” şeklindeki kullanımı benimsemiştir. Bkz. Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 80; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 179 vd. Çakışmak fiili, 1. Birbirine geçip kenetlenmek, takılmak. 2. Aynı

her ikisi de farklı sonuçların çıkmasına sebep oluyorsa ve bu sebepler birbiriyle uyumlu değilse norm çatışması söz konusu olmaktadır. Norm çatışmasının karşı normdan farkı her iki kuralın da uygulanmasının mümkün olmasıdır⁴⁸³.

Karineler bazı hallerde sonuç açısından farklılık taşımakta, bazı hallerde ise içsel olarak birbirlerine zıt olabilmektedir⁴⁸⁴. Ayrıca karine hem (X) hem de (Y) sonucunu haklı göstererek kendi kendisiyle çatışabileceği gibi, başka bir karineyle ve hukuk kuralıyla da çatışabilir⁴⁸⁵.

Karinenin başka bir karineyle çatışması, bir karinenin a olayı saptandığında b olayının varlığını kabul ederken, diğer karinenin de c olayı saptandığında b olayının yokluğu sonucuna vardığı durumda mümkün olabilir⁴⁸⁶. Böylelikle karine temelleri olan a ve c olaylarının ispat edilmesi durumunda b olayının uygulanıp uygulanmayacağı belirsiz kalmaktadır. Karine normlarındaki bu tür bir çatışma durumunda kanunda özel bir düzenleme varsa bu düzenlemeye göre ya karinelere birine üstünlük sağlanacak ya da başka bir norm uygulanacaktır. Çatışabilecek karinelere hangisine üstünlük tanınacağına dair her zaman bir kanun kuralı

zaman dilimine denk gelmek anlamlarına gelirken çatışmak fiili söz, iddia veya davranış birbirini tutmamak, birbirini çelmek, mütenakız olmak anlamlarına gelmektedir. Bkz. www.tdk.gov.tr. Burada da iki karinenin uygulanmasında ya da karinenin kendi kendisiyle zıt bir durum söz konusu olduğundan karinelerin çatışması ifadesini kullanmayı uygun buluyoruz.

⁴⁸³ Norm çatışmasının karşı normdan farkı her iki kuralın da uygulanmasının mümkün olmasıdır. Bkz. Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 129.

⁴⁸⁴ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 130-131.

⁴⁸⁵ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 179-180; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 134.

⁴⁸⁶ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 180. Davada bir tarafın karinelere birine diğer tarafın da diğer karineye dayanması durumunda böyle bir çatışma söz konusu olabilir. Çünkü bir tarafın her iki karine temelini ispat ederek karine sonucunun mevcut olup olmadığına dair bir belirsizlik durumu oluşturması olağan değildir. Kesin karineyle aksi ispat edilebilen karinenin çatışması neredeyse mümkün değildir. Belki bir aksi ispat edilebilen karineyle varsayım çatışması söz konusu olabilir. Ancak bu durum da karineler arasındaki çatışmadaki gibi olmaz. Çünkü varsayım dayanan taraf a olayını ispat etmesi gerekirken b olayını ispat ederek a olayının hukuksal sonucunun doğmasını sağlamış ve karşı taraf da a olayının mevcut olmadığına dair karineye dayanmıştır. Böyle bir durumda, a olayının mevcut olmadığına dair hakim ikna edilse dahi b olayının mevcudiyeti neticesinde a olayına bağlanan hukuksal sonuç doğacaktır. Bundan dolayı da karşı taraf b olayını ortadan kaldırmaya çalışarak ancak varsayımın uygulanmasını engelleyebilir. Bkz. Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 182-183. TMK m. 222 ile İİK m. 97/a arasında karine çatışması söz konusu olabilir. Aralarında edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanan eşlerden biri borcundan dolayı haciz yoluyla takip edilirse, istihkak davası açılırsa ve diğer eş TMK m. 222 açısından mal üzerinde paylı mülkiyetin olduğu karinesine dayanırsa, alacaklının İİK m. 97a'ya dayanması durumunda hakim hangi karineye üstünlük tanıyacaktır? Bu durumda, İİK ve TMK genel kanun olmalarından ve son yürürlüğe girenin TMK olmasından dolayı, İİK 97a'daki karine hükümsüz hale gelir ve TMK m. 222 uygulama alanı bulur. Bkz. Topuz, **a.g.e.**, s. 166.

bulunmayabilir. Böyle bir durumda, ne yapılacağına dair Hedemann'ın görüşü, hangi karinenin daha güçlü olduğunun ve hangisine somut olayda üstünlük tanınacağına bir yorum sorunu olduğu ve hakimin bu yorumu yapması gerektiğidir⁴⁸⁷. Ancak Umar, Yılmaz⁴⁸⁸ bu görüşü eleştirmekte ve hukuk kuralları arasında güçlerine göre bir belirleme yapılmasının ancak deliller ve emareler için söz konusu olabileceğini, karineler-hukuk kuralları için böyle bir belirlemenin mümkün olmadığını belirtmektedir. Yazarlara göre, iki karine çatıştığında ikisi de uygulanamayacak ve yargıç karine temelindeki olayları emare olarak kabul edip ikisi arasında bir değerlendirme yaparak, karine sonucunun uygulanıp uygulanmayacağına karar verecektir.

Karinenin kendi kendisiyle çatışması durumunda karine birbirine zıt olan (X) ve (Y) sonucunu haklı göstermektedir. Bu duruma ilişkin olarak önceki Medeni Kanun m. 241 örnek olarak verilmekteydi. Maddeye göre: “*Evlilik mevcut iken veya zevalinden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası, kocadır.*” Eski Medeni Kanunumuza göre kadın boşandıktan sonra her nasılsa evlenirse ve boşanmasından sonra üç yüz gün içinde çocuk sahibi olursa çocuğun babasının belirlenmesi nasıl olacaktır? Bir görüşe göre, söz konusu durumda bir kanun boşluğu olduğundan hakimin hangi çözümün olağan duruma, yaşam deneyimine uygun düştüğüne göre bir belirleme yapması gerekecektir⁴⁸⁹. Ancak Umar, Yılmaz, kanun boşluğu çatışan iki norm olduğu durumda değil, somut uyuşmazlıkta uygulanacak bir norm olmadığında söz konusu olabileceğinden, bu durumda TMK m. 1'e göre hakimin hukuk yaratma yetkisinden bahsedilmeyeceğini, hakimin, ileri sürülen vakıanın karineye dayanmaksızın, TMK m. 6 genel hükmüne göre, ispatlanmasına karar vermesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁹⁰.

Eski Medeni Kanunumuzdaki bu sıkıntıyı gören kanun koyucu karinelerin çatışması durumunda uygulanacak bir hukuk kuralını düzenlemiştir. TMK m. 290'da karinelerin çakışması başlığı altında “*Çocuk evliliğin sona ermesinden başlayarak*

⁴⁸⁷ Hedemann, **a.g.e.**, s. 338-339.

⁴⁸⁸ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 182.

⁴⁸⁹ Hegnauer Art. 252 N.27 (naklen Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 130).

⁴⁹⁰ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 180.

üçyüz gün içinde doğmuş ve ana da bu arada yeniden evlenmiş olursa, ikinci evlilikteki koca baba sayılır.” kuralına yer verilerek çatışma hali giderilmiştir. Ancak her durumda böyle bir kural bulunmayabilir. Bu halde ne yapılması gerektiğine dair Guggenbühl kanunda karine çatışmasını çözümleyen bir düzenleme yoksa hakimin kendisi kural koyarak ispat yükünün dağıtılmasında kanun mantığını koruyup bu çatışmayı çözümülemesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁹¹. Bunu yaparken de karinelere biri özel norm ise ya da önceki kanun sonraki kanun ilişkisine göre bir inceleme de yapılabilecektir⁴⁹². Umar, Yılmaz’ın da karine çatışmasında hakim karine temeline göre bir belirleme ile emare ispatı niteliğinde bir güç dengesi kurabileceğini belirtmektedir⁴⁹³. Topuz da özel kanun, genel kanun ve son yürürlüğe giren kanuna göre bir belirleme yapılması ve bu belirlemenin neticesine göre karinelere birinin uygulanması gerektiği kanaatinde⁴⁹⁴.

Kanaatimizce karine normunun kendi içinde çatışması durumunda karine normunun somut olaya uygulanması söz konusu olamaz. Bu durumda, ispat yükünün kime düştüğünün TMK m. 6 ve HMK m. 190’a göre belirlenmesi gerekmektedir. Kanuni karineye dayanmak isteyip dayanamayan taraf kendi lehine hukuki sonuç çıkardığı vakıyı ispat ederek, hukuki korumasını istediği normun uygulanmasını sağlayabilecektir. Kanuni karinelere birbireleriyle çatışması durumunda ise hukuk kurallarının birbireleriyle çatışması durumu söz konusudur. Bu durumda hakime düşen vazife hangi hukuk kuralının özel nitelikte olduğunu belirlemektir. Özel kanun genel kanun belirlemesinin ardından özel nitelikteki kanun uygulanacaktır. Ancak her iki kanun da genel nitelikte ise bu kanunlardan en son yürürlüğe girmiş olana uygulanma imkanı tanınması gerekir. Özel kanun daha eski tarihli genel kanun yeni tarihli ise, hakimin yorum yoluyla kanun koyucunun iradesine göre uygun olan kanunu uygulaması gerekmektedir⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 130-131.

⁴⁹² Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 133.

⁴⁹³ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 179 vd.

⁴⁹⁴ Topuz, **a.g.e.**, s. 166.

⁴⁹⁵ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 81-82; Akil, **a.g.m.**, s. 13.

B. KARİNE TEMELİNİN KARŞI İSPATI

Karine temelindeki vakıya dair ispat faaliyeti yapılırken, bu vakıanın gerçekleşmiş olduğuna yönelik hakimde oluşmuş veya oluşmakta olan kanaat sarsılmaya çalışılarak, karşı ispatla kanuni karinenin uygulanmasına engel olunabilir⁴⁹⁶. Karşı ispat faaliyetinde ispat yükü üzerinde olmayan tarafın, bir vakıanın mevcudiyetine dair hakimın iknasına engel olmak amacıyla, yaptığı bir ispat söz konusudur⁴⁹⁷. Hakimde karine unsurunun mevcudiyetine dair şüphe hasıl olursa karşı ispat başarılı olmuş olur⁴⁹⁸. Bu ispatta başarılı olunduğu takdirde karineye dayanmak isteyen tarafın artık varsayılan vakıayı veya hakkı ya da hukuki ilişkiyi doğuran vakıayı genel ispat kurallarına göre ispatlaması gerekmektedir⁴⁹⁹. Karşı taraf yapmış olduğu karşı ispatla HMK m. 191 gereği ispat yükünü üzerine almış olmaz.

Karşı ispat faaliyeti de aksi ispat faaliyeti gibi caiz olan delillerle yapılabilir⁵⁰⁰. Zilyetliğin karine temeli teşkil ettiği karinelere, zilyedin bir zilyet yardımcısı olduğu ispat edildiğinde artık karine uygulanamayacaktır⁵⁰¹. Zilyetliğin mülkiyete karine teşkil ettiğine dayanan karine taşıyıcısı, zilyet olduğuna hakimi ikna etme faaliyetini yürütürken karşı taraf karine taşıyıcısının zilyet yardımcısı, dolaylı zilyet olduğunu iddia ve ispat ederek karinenin uygulanmasına engel olabilir⁵⁰².

Senedin borçluya verilmesi borcun ödendiğine dair karine teşkil ettiğinden karine temeli olan senedin verilmesinin geçici bir amaçla verildiğine dair hakimde

⁴⁹⁶ Prütting, Gehrlein, **a.g.e.**, s. 852; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 222; Fasching, **a.g.e.**, s. 457; Topuz, **a.g.e.**, s. 167; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 139; Atalay, **a.g.e.**, s. 48; Loewy, **a.g.e.**, s. 15; Kummer, Art 8, N. 340. Karşı ispata ilişkin olarak bkz. Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 6; Rosenberg, Schwab, Gottwald, **a.g.e.**, s. 625; Stein, Jonas, **a.g.e.**, s. 485; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.294; Laumen, **a.g.m.**, s. 3741.

⁴⁹⁷ Siegrist, **a.g.e.**, s. 226-227; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 139.

⁴⁹⁸ Winkler, **a.g.e.**, s. 10; Topuz, **a.g.e.**, s. 168.

⁴⁹⁹ Prütting, Gehrlein, **a.g.e.**, s. 852.

⁵⁰⁰ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 138; Topuz, **a.g.e.**, s. 168.

⁵⁰¹ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 222.

⁵⁰² Donau, **a.g.m.**, s. 454.

şüphe uyandırılmasıyla karşı ispat faaliyeti yerine getirilebilecektir⁵⁰³. Alacaklının iradesi dışında borç senedinin borçlu tarafından ele geçirildiği vakıası ispat edilerek de karine temeline karşı ispat faaliyeti yapılabilir⁵⁰⁴.

C. KARİNE SONUCUNUN AKSİNİ İSPAT

Karşı taraf karine temelinin karşı ispat yoluyla, karinenin uygulanmasını engelleyemezse, karşı ispata devam etmesi anlamsız olur ve karine sonucunun aksini ispatla karineyi hükümsüz hale getirmeye çalışmalıdır⁵⁰⁵. Aksi ispat edilebilen karinelere, karine sonucunun doğumuna engel olunamamışsa, karine temeline yabancı vakıaların varlığı iddia ve ispat edilerek, karine sonucunun uygulanmasına aksini ispat faaliyetiyle engel olunabilir⁵⁰⁶. HMK m. 190/2 ve ZPO § 292’de kanuni karinelerin aksinin ispatına cevaz verilmektedir. Aksini ispat durumunda özel bir ispat yükü sebebiyle ortaya çıkan bağımsız bir ispat yükü söz konusudur⁵⁰⁷. Aksini

⁵⁰³ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 139.

⁵⁰⁴ “Senedin iadesi, borcun ifa edildiğine karine teşkil eder. Ayrıca makbuz almaya gerek yoktur. Her ne kadar davacı senedin iadesinin borcun ödenmesi dışında bir sebeple vuku bulduğunu, başka bir deyişle özel idareden kendisinin rızası dışında alındığını ileri sürmüşse de bu ispat külfeti davacıya aittir ve bu hususu ispat edememiştir.” 13. HD., 14.2.1989, E. 1989/595, K.1989/873 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Topuz bu kararı, Yargıtay’ın aksini ispat ve karşı ispat faaliyetini karıştırdığı gerekçesiyle eleştirmektedir. Çünkü, karşı ispat faaliyeti yerine getirilirken ispat yükü üstlenilmiş olmamaktadır. Halbuki Yargıtay, karine temeline karşı yapılan bu ispatta, ispat yükünü karşı ispatı yapan tarafa yüklemiştir. Ayrıca, senedin rıza dışında alındığının ispatı karşı ispat niteliğindedir. Bkz. Topuz, **a.g.e.**, s. 169.

⁵⁰⁵ Holzhammer, **a.g.m.**, s. 205; Atalay, **a.g.e.**, s. 49; Kummer, Art 8, N. 340; Topuz, **a.g.e.**, s. 170.

⁵⁰⁶ Atalay, **a.g.e.**, s. 49; Topuz, **a.g.e.**, s. 170. FSEK m. 76/3’te ender karşılaşılan bir durum olan karşı ispat ile aksini ispat faaliyetleri birlikte gerçekleşmekte, davalı kendisinin eseri kullanımının hukuka uygun olduğuna dair karşı ispat faaliyetinde bulunurken, bunu ispat edemediği takdirde karineyle karşı karşıya kalacağından aksini ispat söz konusu olabilecektir. Bkz. Özkes, **FSEK**, s. 86.

⁵⁰⁷ Atalay, **a.g.e.**, s. 7. Yargıtay kanununun aksi ispat edilene kadar geçerli kabul ettiği belgelere yönelik bir karine söz konusu olduğunu kabul etmektedir. “İİK’nun 8/son maddesine göre icra tutanakları kapsadıkları husus hakkında aksi ispat edilebilen karine teşkil ederler. Yani icra tutanakları aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir.” 12. HD., 21.2.2011, E. 2010/21262, K. 2011/1181. “İİK’nun 8. Maddesi gereğince icra tutanakları aksi sabit oluncaya kadar geçerli olan belge niteliğindedir. Davacı hacizli patateslerin kendisine ait olduğu yolunda 18.11.2006 tarihli tarla kiralama sözleşmesi ile isimsiz kantar fişi, 7.01.2007 tarihli fatura sunmuştur. Her zaman düzenlenmesi mümkün adi nitelikteki kira sözleşmesi ve fatura tutanak aksini ispatlamaya yeterli olmadığı gibi...” 21. HD., 7.10.2008, E. 2007/21183, K. 2008/15266 (Yargı Dünyası, 159/143). Rüegg, ZGB 9’daki düzenlemenin bir karine olduğunu ifade etmekte ve karinenin öncülünün resmi senedin mevcudiyetinin teşkil ettiğini belirtmektedir. Yazar, bu karinenin senedin adı bir senet olduğunun ispat edilerek ortadan kaldırılacağını belirtmektedir. Bkz. Rüegg, **a.g.e.**, s. 45. Kuru da, TMK m. 7 hükmünün karine olduğu kanaatindedir. Bkz. Kuru, **a.g.e.**, s. 2014. Aynı yönde bkz. Karakaş, **a.g.m.**, s. 739; Edis, **a.g.e.**, s. 378. Resmi sicil ve senetlerde yazılı olan bir hususun doğru olduğunu kabul etmekte herkes haklıdır. Bu

ispat faaliyetinde iddia ve ispat yükü birlikte karşı taraf üzerinde bulunmaktadır⁵⁰⁸ ve bu taraf ispat faaliyetinde başarısız olursa karine o taraf aleyhine uygulanacaktır.

Karşı ispatta karine temelindeki vakıanın gerçekleşmediği ispatın konusunu teşkil ederken, aksini ispatta karine temeline yabancı başka vakıaların varlığı iddia ve ispat edilerek ispat faaliyeti yerine getirilmektedir⁵⁰⁹. TBK m. 104/son'da yer alan karinenin, borçlunun borç senedini başka bir amaçla –borç senedini üçüncü kişiye ibraz etmek için, yeni bir borç senedi ile değiştirilmesi için- teslim aldığı vakıasının ispatıyla aksini ispat faaliyeti gerçekleştirilebilir⁵¹⁰. Aksini ispatta karinenin aksinin tam ispatı yapılırken kanuni karinenin mevcudiyetine dair hakimın iknasının sarsılması yetmez, mahkemenin varsayılan hakkın veya vakıanın mevcut olmadığına dair ikna edilmesi de gerekmektedir⁵¹¹. İşte bu noktada kanuni karinelerin ispat yükü kuralı olmalarının işlevi söz konusu olmaktadır ve karşı tarafın aksini ispat faaliyetine girişerek üzerinde bulunan ispat yükünün gerekliliğini yerine getirmesi söz konusu olmaktadır⁵¹². Karineye dayanan taraf, karine sonucundaki vakıayı ispatlamak zorunda olmazken, karşı taraf bu vakıanın mevcut olmadığını ya da mevcut olduğunu ispatlamak zorunda kalmaktadır⁵¹³. Nitekim karine olmasaydı ya da karine temeli ispat edilmemiş yahut ispat edilmekte olsaydı, karşı taraf karine

durumu dikkate alan kanun koyucu resmi sicil ve senetlerin doğruluğu hakkında bir karine koymuştur. Bkz. Akipek, Akıntürk, Ateş Karaman, **a.g.e.**, s. 221. İİK m. 8 ve TMK m. 7'de yer alan belgelerin durumunu nazara alan kanun koyucu bu belgelerdeki kayıtların doğru olduğuna dair karine kabul etmiştir. TMK m. 7'de, "*Resmi sicil ve senetler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur. Bunların içeriğinin doğru olmadığına ispatı, kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça, her hangi bir şekle bağlı değildir.*" ifadesiyle resmi sicil ve senetlerin içeriğinin doğruluğuna ilişkin karine kabul edilmiş ve resmi sicil ve senetlerin aksinin ispatının her türlü delille yapılabilmesine imkan tanınmıştır. Ancak, HMK m. 201 senede karşı tanıkla ispat yasağını kabul etmiştir. Bu durumda resmi senetlerin aksinin de senetle ispat edilmesi gerekmektedir. Halbuki TMK m. 7 her türlü delille aksini ispat faaliyetine izin vermiştir. Bu durumda, HMK m. 201 (HUMK m. 290)'in TMK m. 7'yi değiştirdiği ifade edilmektedir. Resmi sicil ve senetlerin konusu bir hukuki işlem ise bunun aksi tanıkla ispat edilemez, senetle ispat edilebilir. Resmi sicil ve senetlerin konusu bir hukuki fiil ise, bunların aksi tanıkla ispat edilebilir. Resmi senette, memurun tanıklığına değil de, takdirine dayanarak yazmış olduğu hususların doğru olmadığına ispatında da TMK m. 7 gereğince her türlü delil kullanılabilir. Bkz. Kuru, **Usul**, s. 2388-2389; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 322-324.

⁵⁰⁸ Kuhn, **a.g.e.**, s. 105.

⁵⁰⁹ Atalay, **a.g.e.**, s. 49.

⁵¹⁰ Gümüş, **a.g.m.**, s. 372.

⁵¹¹ Prütting, Gehrlein, **a.g.e.**, s. 852; Siegrist, **a.g.e.**, s. 227; Topuz, **a.g.e.**, s. 171; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 144; Winkler, **a.g.e.**, s. 11; Fasching, **a.g.e.**, s. 457.

⁵¹² Atalay, **a.g.e.**, s. 49; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 74.

⁵¹³ Siegrist, **a.g.e.**, s. 226; Topuz, **a.g.e.**, s. 170. Bu durumda karineye dayanan taraf karinenin aksi ispat faaliyetine karşı, karşı ispat faaliyetine girişerek hakimdeki kanaati sarsabilir. Bkz. Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 143.

temeline dair hakimde kuşku uyandırarak karşı ispat faaliyetiyle yetinebilecekken, karine temeli ispat edildiğinde uygulanması gereken karine sonucuna dair hakimde kuşku uyandırarak karinenin uygulanmasına engel olamayacaktır⁵¹⁴.

Aksini ispat faaliyeti HMK’da yer alan ispat hukukuna ilişkin düzenlemelere göre yapılmalı, senetle ispatın gerektiği durumlarda senetle ispat zorunluluğu dahilinde aksini ispat faaliyeti yerine getirilmelidir⁵¹⁵. Aksini ispatta Yargıtay’ın özellikle vurguladığı bir husus karinenin aksinin "*sonradan düzenlenmesi olası bulunmayan geçerli ve inandırıcı bilgiler içeren*" , "*adi nitelikte ve her zaman düzenlenebilecek*" nitelikte olmayan belgelerle kanıtlanması gerekliliğidir⁵¹⁶.

Kanun koyucu bazen karinenin aksinin nasıl ispat edileceğini kanun metninde düzenlemiştir. İİK m. 280/3’te "*borçlunun alacaklının ızzar kasdını bildiği ve borçlunun da bu ızzar kasdıyla hareket ettiği kabul olunur*" karinesinin, davacı alacaklıya devir tarihinden en az üç ay önce keyfiyetin yazılı olarak bildirildiği ya da ticari işletmenin bulunduğu yerde görülebilir levhalar asılmakla birlikte ticaret sicil gazetesi ile veya olmazsa bütün alacaklıların haberdar olmaları sağlanarak münasip vasıtalarla ilan olunduğu kanıtlanarak bu karinenin aksinin ispat edilebileceği kanun metninde düzenlenmiştir. İİK m. 280/2’deki karinenin aksinin de İİK m. 279/son’a göre ispat edebileceği belirtilmiştir. TMK m. 286’da karinenin aksinin ispatının

⁵¹⁴ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 177; Prütting, **a.g.e.**, s. 66; Topuz, **a.g.e.**, s. 170-171.

⁵¹⁵ TBK m. 207/2’de bir kanuni karine olduğunu kabul eden Yargıtay, bu karinenin aksini ispat olan, malın teslimiyle bedelin ödenmesinin aynı anda olmadığını ispatının yazılı delille yapılabileceğini kabul etmektedir. 19. HD., 19.4.2011, E. 2010/10442, K. 2011/5175 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵¹⁶ 10. HD., 4.3.2004., E. 2003/9847, K. 2004/1533. "*İİK’nun 97/a maddesindeki mülkiyet karinesinin borçlu, dolayısıyla alacaklı yararına olduğunun kabulü gerekir. İspat yükü altında olan üçüncü kişinin dayandığı kantar fişleri, adi nitelikteki satış sözleşmeleri ve diğer deliller her zaman temini mümkün belgelerden olup, karinenin aksini kanıtlamaya elverişli değildir.*" 17. HD., 25.6.2012, E. 2012/7676 K. 2012/7938. Borcun doğum tarihinden sonra düzenlenmiş faturaların 97/a’daki karinenin aksini ispat edemeyeceğine dair bkz. 17. HD., 20.10.2011, E. 2011/5772, K. 2011/9489. Bilirkişi raporu ile de mahcuzlara uygunluğu belirlenememiş faturalarla yasal mülkiyet karinesinin aksinin ispat edildiğinden söz edilemez 17. HD., 26.6.2012, E.2012/6685, K. 2012/8190. Konişmentooya ilişkin karinenin aksinin ispatına ilişkin bkz. "*Bu karine ancak, 1110. maddede gösterilen hallerde konişmentooya yazılacak şerhlerle bertaraf edilebilir. Olayımızda, konişmentoda anılan şekilde konulmuş bir şerh bulunmadığına göre, bu karinenin aksini kanıtlama yükümü davalıya düşer. Nitekim davalı da yükleme limanından sağladığı şahadetname adlı belge ile anılan karinenin aksini ispatlamak istemektedir. Yukarıda da kısaca değinildiği gibi, konişmento içerdiği, yani 1110. maddede sözü geçen karine her zaman geçerli bir belge ile ispatlanabilir.*" HGK, 1.6.1983, E. 1981/11-507, K. 1983/608 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

özel bir dava açılarak yapılabileceği düzenlenmiştir. Maddede “*Koca soybağının reddi davasını açarak babalık karinesini çürütebilir. Bu dava ana ve çocuğa karşı açılabilir*” hükmüyle babalık karinesinin çürütülmesi için kanun koyucu, soybağının reddi davasının açılmasını gerekli bulmuştur⁵¹⁷.

1. Menfi Vakıa Kavramı Ve Menfi Vakıanın İspatı

Kanun koyucu genel olarak karineleri olumlu ispat yükü kuralları şeklinde düzenlediğinden, karinelerin aksini ispat faaliyeti menfi vakıaların ispatıdır⁵¹⁸. Menfi vakıayı iddia edenin ispat yükünü taşıyıp taşımayacağı ise oldukça tartışmalıdır⁵¹⁹. Menfi vakıayı iddia edenin ispat yükünü taşımayacağı kabul edildiği takdirde, karine sonucu müspet olarak düzenlenmişse, istisna olarak, karinenin aksini iddia edenin menfi bir vakıaya ilişkin ispat yükünü taşıyacağı kabul edilmelidir. Yoksa karinelerin bir anlamı kalmaz. Bir görüşe göre, karinenin aksini menfi vakıa olarak ispat etmesi gereken tarafın ispat zorluğu ve imkansızlığı söz konusuysa, ispat yükünün karşı

⁵¹⁷ “*Babalık karinesi salt aksi ispat edilemeyen karinelere değildir. Doğan çocuğun nesebini reddetmek isteyen koca çocuğun kendisinden olmadığını dava ederek kanıtlayabilir. Nesep karinesinin bu biçimde çürütülmesine öğretide ve uygulamada soybağının reddi açılan davaya da soybağının reddi davası denilmektedir.*” HGK, 30.1.2008, E. 2008/2-36, K. 2008/47 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Erlüle, TMK m. 285’te yer alan babalık karinesinin koşullarını ana ile evlilik, çocuk ile ana arasında soybağının bulunması, çocuğun evlilik devam ederken doğması, çocuğun evlilik devam ederken ana rahmine düşmesi olarak belirtmiştir. Yazar, eşlerin fiilen ayrı yaşamaları, evliliğin mutlak ya da nisbi butlan sebepleriyle sakatlanmış olması ya da kocanın gebeliği önleyici ilaçlar veya araçlar kullanmış olması, kısır olması dahi çocuğun karineden faydalanmasına engel olamayacağını, bu olguların karinenin çürütülmesinin tek yolu olan soybağının reddi davası açısından önem taşıyacağını belirtmektedir. Bkz. Fulya Erlüle, “Babalık Karinesi”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, İstanbul, Vedat yayıncılık, 2009, s. 688-695.

⁵¹⁸ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 146; Atalay, **a.g.e.**, s. 51, 81; Topuz, **a.g.e.**, s. 172-173; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 174. von Greyerz vakıanın menfi de müspet de olmadığını, bu vakıadan çıkarılan sonucun menfi ya da müspet olduğunu ifade etmektedir. Bkz. von Greyerz, **a.g.e.**, s. 17.

⁵¹⁹ Mecelle m. 1699’da: “*Filân kimse o işi işlemedi ve filân şey filân kimsenin değildir ve filânın filâna borcu yoktur gibi nef-yi sırfâ şehadet makbul olmaz.*” kuralı yer almaktaydı. Roma hukuku döneminde de “*negativa non sunt probanda-inkâr ispat edilmek zorunda değildir*” ilkesi kabul edilmekteydi. Türk hukukunda bu görüşün günümüzde de savunulduğunu görmekteyiz. Umar, inkar edene ispatın düşmeyeceğini, iddia veya savunma temelindeki vakıayı hasım inkar ediyorsa inkar edilen vakıaya dayanmakta olan tarafın o vakıa için ispat yükünü taşıyacağını belirtmektedir. Bkz. Umar, **a.g.e.**, s. 577. Aynı yönde bkz. Üstündağ, **Yargılama**, s. 619; Karlı, **Medeni Muhakeme**, s. 558; Ansay, **a.g.e.**, s. 254-256; Tuğsavul, **a.g.m.**, s. 1062. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, menfi vakıaların ispat edilebileceği ve menfi vakıayı iddia edenin de ispat yükünü taşıyabileceğidir. Bkz. Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 647; Atalay, **a.g.e.**, s. 51; Topuz, **a.g.e.**, s. 173-174. Ayrıca bkz. von Greyerz, **a.g.e.**, s. 84; Habscheid, **a.g.e.**, s. 390.

tarafa -karineye dayanan tarafa- geçmesi gerekmektedir⁵²⁰. Kanaatimizce, karinelerle karine sonucunun ispatından muafiyet tanınarak imtiyazlı bir konum sağlanan karineye dayanan tarafa, karinenin aksinin ispatı zor veya imkansız olduğundan dolayı ispat yükünü yüklemek karinelerin mantığıyla bağdaşmamaktadır⁵²¹. Bu açıdan, böyle bir durumda ispat yükünde bir değişiklik olmamalıdır.

Şimdi, menfi vakıa kavramından ve menfi vakıayı ispat yöntemlerinden kısaca bahsetmek istiyoruz. Bir kanun hükmünün koşul vakiasında veya hukuki sonuç kısmında menfi kavram söz konusu olabilir⁵²². Vakıalar ispatın konusunu teşkil ettiğinden, ispat bakımından önem taşıyan koşul vakıadaki menfiliktir⁵²³. Örnek olarak, TMK m. 32'ye göre, gaiplik kararının alınabilmesi için o kişiden beş yıldan beri haber alınmadığının ispatlanması gerekmektedir. Menfi vakıanın ispatında, ispatın konusunu teşkil eden vakıa hakkında, doğrudan bilgi edinilememesi ve bu vakıaların algılanamaz oluşu menfi vakıa ispatında özellik göstermektedir⁵²⁴. Bu yüzden sebepten hareketle, sonuçtan hareketle ve aksi durumun imkansızlığı yoluyla ispat faaliyeti yapılmaktadır⁵²⁵.

Sebepten hareketle sonuçtan hareketle, menfi vakıanın meydana gelmesi için gerekli sebeplerin mevcut olmamasından yola çıkılarak ispat yapılabilir. Bu ispat yönteminde bir sebep etkili olabileceği gibi birden fazla sebebin de menfi vakıayı meydana getirebileceği nazara alındığında tüm sebeplerin mevcut olmadığı ispat edilebileceği gibi, bazı sebeplerin mevcut olmaması halinde diğerlerinin de pek işlevinin olmayacağı durumda da ispat edilen sebepler menfi vakıanın ispatı için yeterli olacaktır⁵²⁶. Nesebin reddinde babanın tutuklu olmasından

⁵²⁰ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 146-147; von Greyerz, **a.g.e.**, s. 43.

⁵²¹ Atalay, **a.g.e.**, s. 52; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 174.

⁵²² Geniş ve dar anlamda menfi vakıalar da bulunmaktadır. Dar anlamda menfi vakıa mevcut olmayan vakıalar iken, belli değer yargısının somut duruma uygun düşmemesi şeklindeki vakıalar ise geniş anlamda menfi vakıalardır. Dar anlamda menfi vakıalar kural olarak dolaylı ispat (tanık beyanı istisnadır), geniş anlamda menfi vakıalar hem dolaylı hem doğrudan ispatla ispatlanabilir. Bkz. von Greyerz, **a.g.e.**, s. 84; Atalay, **a.g.e.**, s. 60, 84, 93; Topuz, **a.g.e.**, s. 174-175.

⁵²³ Atalay, **a.g.e.**, s. 63.

⁵²⁴ Atalay, **a.g.e.**, s. 93.

⁵²⁵ Von Greyerz, **a.g.e.**, s. 22; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 148; Topuz, **a.g.e.**, s. 175; Atalay, **a.g.e.**, s. 92.

⁵²⁶ Atalay, **a.g.e.**, s. 94; von Greyerz, **a.g.e.**, s. 23; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 148; Topuz, **a.g.e.**, s. 175.

dolayı ana ile babanın bir araya gelemediğinin ispatı ya da çocuk yapma yeteneğinin bulunmamasının ispatıyla da sebepten hareketle menfi vakianın ispatı yapılabilir⁵²⁷.

Menfi vakianın ispatında kullanılacak diğer bir yöntem ise sonuçtan hareket edilerek sebebe ulaşılmasıdır⁵²⁸. Belli bir sonucun mevcut olmasından hareket edilerek bir fiilin gerçekleşmemiş olduğu sonucuna varılmakta ve varılan bu sonuçtaki menfi durum sebep olarak nazara alınmaktadır⁵²⁹. DNA testiyle yapılan babanın kim olduğu ispatı sonuçtan geriye dönük ispattır⁵³⁰. Diğer bir yöntem ise aksi durumun imkansızlığının ispat edilmesi yoluyla menfi vakianın ispatının sağlanmasıdır⁵³¹. Bu ispat türünde yapılan faaliyet, bir vakıa iddiasının gerçekliği o vakıa iddiasının aksinin gerçek olmadığına ispatıyla sağlanabilir⁵³². Menfi bir vakianın aksi müspet bir vakıa olduğundan, burada müspet bir vakianın ispatı yapılmaktadır⁵³³. Örnek olarak, bir kişinin Pazartesi günü Erzurum'da olmadığına ispatı, o gün boyunca Gaziantep'te olduğunun ispatıyla yapılabilir.

İspatlanabilecek menfi vakıalar belirlenebilir ve sayılabilir nitelikte değilse belirsiz menfi vakılardan bahsedilir ve birden çok münferit belirsiz menfi vakıayı bünyesinde topladığından ispatları oldukça zordur⁵³⁴. Menfi vakılara dair ispat zorluğu ve imkansızlığının aşılması için bazı imkanlar sunulmuştur. Bir görüş ispat yükünün yer değiştirebileceği kanaatindedir⁵³⁵. Bu görüş menfi vakianın ispatı imkansız ve güç olduğunda, ispat yükünün yer değiştirmesinin hakkaniyete aykırı olmaması ve kanunun özüne ve sözüne uygun olması durumunda ispat yükünün yer değiştireceği kanaatindedir⁵³⁶. Atalay ise, ispat yükünün yer değiştirmesinin maddi

⁵²⁷ Atalay, **a.g.e.**, s. 94; Topuz, **a.g.e.**, s. 176.

⁵²⁸ Von Greyerz, **a.g.e.**, s. 24; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 95; Atalay, **a.g.e.**, s. 95; Topuz, **a.g.e.**, s. 176.

⁵²⁹ Atalay, **a.g.e.**, s. 96.

⁵³⁰ Atalay, **a.g.e.**, s. 95.

⁵³¹ Von Greyerz, **a.g.e.**, s. 25; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 148; Atalay, **a.g.e.**, s. 97.

⁵³² Atalay, **a.g.e.**, s. 98.

⁵³³ Sebepten ve sonuçtan hareketle ispat da nihayetinde aksinin imkansızlığı yoluyla ispat faaliyetidir. Sebebin ve sonucun mevcut olmadığı, bunları bertaraf edici müspet vakıaların varlığının ispatı ile yapılmaktadır. Bkz. Atalay, **a.g.e.**, s. 98; Kummer, Art. 8, N. 134.

⁵³⁴ Atalay, **a.g.e.**, s. 99; von Greyerz, **a.g.e.**, s. 28; Topuz, **a.g.e.**, s. 177.

⁵³⁵ Von Greyerz, **a.g.e.**, s. 41 vd.

⁵³⁶ Von Greyerz, **a.g.e.**, s. 43-48; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 147.

hukuk kuralının hakim aracılığıyla değiştirilmesinden başka bir şey olmayacağını ifade ederek bu görüşe katılmamaktadır⁵³⁷.

İspat zorluğunun aşılması için ispat ölçüsünün düşürülmesi ve karşı tarafa katkı sağlaması amacıyla bazı yükler yüklenebilir. Menfi vakıaların ispatının ispat ölçüsü düşürülerek sağlanması kanun hükmünde açıkça tam ispatın aranmadığı halde mümkün olabilir⁵³⁸. Karşı tarafa vakıaların aydınlatılmasına katkı sağlamak amacıyla açıklama ödevi yüklenebileceği gibi, somutlaştırma yükü, delil ikame yükü de yüklenebilir veya davranışları ispat yükünü taşıyan tarafın iddialarının doğruluğuna emare teşkil edebilir⁵³⁹.

2. Karineye Dayanan Tarafa Düşen Yükler

Karinelerle karineye dayanan tarafa yargılamada bir imtiyaz sağlayan kanun koyucu, ispat açısından karinenin karşı tarafının çok zor bir durumda kalmasına da sebep olmuş olabilir⁵⁴⁰. Bu duruma ilişkin TMK m. 930'da yer alan menkullerdeki mülkiyet karinesi örnek olarak gösterilmektedir. Zilyetliğini ispat eden karine taşıyıcısı zilyetliğini nasıl kazandığını ispat etmemiş olabilir. Karinenin karşısındaki tarafın, zilyedin zilyetliğini nasıl kazandığını bilmesi aksi ispat faaliyetinin çok zor olduğu bir durumda, ispat faaliyetini yerine getirirken işini kolaylaştırıcaktır⁵⁴¹. Bundan dolayı da menfi vakıanın ispatında gerekli olan, bu menfi vakıaları ortadan kaldırmaya yönelik müspet vakıaların ileri sürülmesi, ispat zorluğunun aşılması için gerekebilir⁵⁴².

Usuli dürüstlük ilkesi kapsamında karinenin karşısındaki tarafın maruz kaldığı ispat zorluğu ve imkansızlığı durumunda, ispat yükü üzerinde olan tarafa

⁵³⁷ Atalay, **a.g.e.**, s. 137; Aynı yönde bkz. Topuz, **a.g.e.**, s. 179.

⁵³⁸ Atalay, **a.g.e.**, s. 138; von Greyerz, **a.g.e.**, s. 50

⁵³⁹ Von Greyerz, **a.g.e.**, s. 51 vd.

⁵⁴⁰ Kummer, Art 8, N. 329.

⁵⁴¹ Her ne kadar zilyetliğin nasıl kazanıldığının bilinmesi karine temelinin karşı ispatıyla ilgili bir durum olsa da hak karinelerinde karine sonucu hakkın meydana gelmesinde sebep olan tüm vakıalar da karine olarak kabul edildiğinden zilyetliğin nasıl iktisap edildiği aksi ispatla ilgili bir durumdur. Bkz. Topuz, **a.g.e.**, s. 183.

⁵⁴² Atalay, **a.g.e.**, s. 52; Topuz, **a.g.e.**, s. 184.

yardımcı olmak maksadıyla, karineye dayanan tarafın bazı davranışlarda bulunması gerekebilir⁵⁴³. Karineye dayanan tarafın, karinenin karşısındaki tarafa ispat konusunda yaptığı yardımda, ona yüklenen yüklerin de hakkaniyete uygun olması gerekmektedir⁵⁴⁴. Vakıaların aydınlatılmasına katılması medeni usul hukukunda açıklama ödevinin (*Aufklaerungspflicht*) bir gereği olmakta ve bu sayede karineye dayanan tarafa somutlaştırma yükü ve delil ikame yükü yüklenebilmektedir⁵⁴⁵. Bu konuda karine taşıyıcısına düşen ilk yük, açıklama ödevinin bir parçası olan somutlaştırma yüküdür⁵⁴⁶. Özellikle hak karinelerinde, karine sonucundaki hakkın meydana gelmesinde hangi vakıaların etkili olduğunu karinenin karşı tarafı bilemediğinden ciddi bir ispat zorluğuyla karşı karşıya kalabilmektedir. Bu açıdan, karineye dayanan tarafın hangi vakıaların karine sonucunun meydana gelmesinde etkili olduğunu somutlaştırması ona düşen bir yük olarak gündeme gelebilir⁵⁴⁷. Karineye dayanan tarafın, bu vakılardan birini somutlaştırması, açıklama ödevinin bir parçası olarak somutlaştırma yükünün yargılamada uygulanması niteliğinde olmaktadır⁵⁴⁸. Leipold⁵⁴⁹ ise hak karinesine dayanan tarafın, bu somutlaştırma yükünü ikincil iddia yükü kavramıyla açıklamakta, karinenin karşısındaki tarafın yargılamadaki davranışlarından bağımsız olarak, karineye dayanan tarafın hak kazanımını, iddia yükünün sonucu olarak kabul etmektedir.

Karineye dayanan tarafın somutlaştırma faaliyetinin ardından karşı taraf somutlaştırılmış, çekişmeli vakıalar kapsamında ispat faaliyetini yerine getirebilecek, bu vakıaların aksini ispat etmeye çalışacak yani yapması gereken ispatın konusunu artık bilebilecektir⁵⁵⁰. Karineye dayanan tarafa, karinenin karşısındaki tarafın

⁵⁴³ BGE 81 II 205 E. 7b von Greyerz, **a.g.e.**, s. 70; Atalay, **a.g.e.**, s. 50; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 154, 157; Topuz, **a.g.e.**, s. 184. TMK m. 2 ve HMK m. 29/I'de dürüstlük kuralının gerekliliği yer almaktadır. TMK m.2'ye göre "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır*" ve HMK m. 29/I'e göre "*Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar*".

⁵⁴⁴ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 159-160; Atalay, **a.g.e.**, s. 53.

⁵⁴⁵ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 161, 164; Atalay, **a.g.e.**, s. 53; von Greyerz, **a.g.e.**, s. 70.

⁵⁴⁶ Atalay, **a.g.e.**, s. 50; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 53.

⁵⁴⁷ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 160; Atalay, **a.g.e.**, s. 53; Topuz, **a.g.e.**, s. 184.

⁵⁴⁸ Atalay, **a.g.e.**, s. 54; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 161.

⁵⁴⁹ Leipold, **a.g.e.**, s. 97.

⁵⁵⁰ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 164; Topuz, **a.g.e.**, s. 184.

ispatında yardımcı olabilmesi açısından delil ikame yükü de yüklenebilmektedir⁵⁵¹. Karineye dayanan taraf aksini ispat faaliyetinde iddia ve ispat yükü taşımadığı gibi delil ikame yükünü de taşımamasına rağmen, usuli dürüstlük kuralı kapsamında bu tarafın ispat faaliyetine delil ikame yükünü taşıyarak yerine getirebileceği karşı ispat faaliyetiyle katılması sağlanabilir⁵⁵². Karine taşıyıcısını, kanunen tanınmış olan imtiyazlı konumuna rağmen delil ikame yüküyle sorumlu tutmanın karinelerin amacıyla çelişmekte olduğu, bu yüzden de karineye dayanan tarafa somutlaştırma yükünden başka bir yük yüklenmemesi gerektiği Topuz tarafından ileri sürülmektedir⁵⁵³. Bizim kanaatimize göre, karineye dayanan tarafa karşı ispat faaliyetinde bulunma yükü yüklenebilir⁵⁵⁴. Çünkü, karşı ispat faaliyetini yerine getirmesi onun ispat yükünü üzerine aldığı anlamına gelmemektedir. Yargılamada taraflar arasındaki hakkaniyetin sağlanması amacıyla karineye dayanan tarafa delil ikame yükü yüklenerek, onun karşı ispat faaliyetinde bulunması sağlanabilir. Von Greyerz⁵⁵⁵, burada uygulanan dürüstlük ilkesinin yargısal bir doğaya değil medeni hukuk doğasına sahip olduğunu, ispat konusunun kapsamının kanun metninden dışarıya doğru genişlediğini, bundan dolayı da karşı ispat faaliyetindeki başarısızlığın aksi ispat faaliyetinin yerine getirildiği sonucunu ortaya çıkaracağı kanaatindedir. Bizim kanaatimize göre karşı ispat faaliyetinde karineye dayanan taraf başarısız olsa bile bu durum kanuni olarak paylaştırılmış olan ispat yükünün dağılımını etkilemeyecek, belirsizlik durumunda ispat yükü üzerinde olan karinenin karşısındaki taraf belirsizlik riskini taşımaya devam edecektir⁵⁵⁶. Çünkü karşı ispat hakimdeki kanaati sarsmak ve hakimde kanaat oluşmasına engel olmak amacıyla yürütülen bir faaliyettir ve bu faaliyetteki başarısızlık menfi vakıaların ispat edildiği anlamına gelmeyeceği gibi aksi ispat faaliyetinin başarılı olduğu sonucunu da doğurmayacaktır⁵⁵⁷. Ancak karineye dayanan taraf, karşı delil ikamesini sebepsiz şekilde yerine getirmese veya delil ikamesi yeterli olmazsa, bu durum ispat yükü

⁵⁵¹ Atalay, **a.g.e.**, s. 54; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 54.

⁵⁵² İsviçre Federal Mahkemesinin karine taşıyıcısının karşı ispat faaliyetini yerine getirmesine dair verdiği bir karar BGE 81 II 205. 7 b. Bkz. von Greyerz, **a.g.e.**, s. 71.

⁵⁵³ Topuz, **a.g.e.**, s. 185.

⁵⁵⁴ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 164.

⁵⁵⁵ von Greyerz, **a.g.e.**, s. 71.

⁵⁵⁶ Aynı yönde bkz. Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 164; Atalay, **a.g.e.**, s. 55.

⁵⁵⁷ Atalay, **a.g.e.**, s. 55.

üzerinde olan taraf lehine emare teşkil edebilecektir⁵⁵⁸. Somut olayın özelliklerine göre hakim bu emareyi ve tecrübe kurallarını nazara alarak delillerin değerlendirilmesi aşamasında karinenin aksinin ispat edildiği sonucuna varabilecektir.

⁵⁵⁸ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 164.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KESİN KARİNELER, VARSAYIMLAR, EMARE İSPATI, İLK GÖRÜNÜŞ İSPATI VE FİİLİ KARİNELER

I. KESİN KARİNELER ve VARSAYIMLAR

Bu başlıkta kesin karineleri ve benzerliklerinden dolayı varsayımları ele alacağız. Daha sonra da her iki müesseseyi karşılaştıracız.

A. KESİN KARİNELER

1. Kavram ve Unsurları

Aksi ispat edilebilen kanuni karineler kesin hakikat kabulüne yol açmayıp, karşı taraf karineyi çürütene kadar hakimde geçici kabullenmeyi sağlarken, kesin kanuni karineler karine temeli ispat edildiği takdirde karine sonucu hakkında kesin bir hakikat kabulüne yol açmaktadır⁵⁵⁹. Çünkü, kanun, kesin karinelerin (*unwiederlegbare Vermutung*) aksinin iddia ve ispatına cevaz vermemekte, karine temeli ispatlandığı takdirde karine sonucunun uygulanmasını mutlak şekilde emretmektedir⁵⁶⁰.

Kanuni karinelere ispat yükü niteliğini kazandıran aksini ispata cevaz verilmesi bu karinelerin aksi ispatının mümkün olmadığı durumda bir karinenin mevcut olup olmadığını düşündürmektedir⁵⁶¹. Bu yüzden aşağıda bahsedecek

⁵⁵⁹ Siegrist, **a.g.e.**, s. 234- 235.

⁵⁶⁰ Kesin karinelere ilişkin olarak bkz. Siegrist, **a.g.e.**, s. 234; Plosz, **a.g.m.**, s. 15; Fasching, **a.g.e.**, s. 457; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 82; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 661; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 169; Prütting, **a.g.e.**, s. 82-83; Kuru, **Usul**, s. 2012; Kuru, **El Kitabı**, s. 419; Üstündağ, **Yargılama**, s. 625; Karslı, **Medeni Muhakeme**, s. 558; Karakaş, **a.g.m.**, s. 747; Topuz, **a.g.e.**, s. 113 vd.; Kummer, Art 8, N. 344; Musielak, **Beweislast**, s. 49; Wiczorek, Schütze, **a.g.e.**, s. 1029; Leipold, **a.g.e.**, s. 102.

⁵⁶¹ Kuhn, **a.g.e.**, s. 101; Topuz, **a.g.e.**, s. 117; Rüegg aksi ispat edilebilirliğin karineleri diğer hukuk kurallarından ayırmaya yaradığı kanaatindedir. Bkz. Rüegg, **a.g.e.**, s. 29. Siegrist kesin karineleri adi karinelere ilkesel olarak ayırmakta ve kesin karineleri yargılama hukukuna ait olan kanuni karinelere saymamaktadır. Bkz. Siegrist, **a.g.e.**, s. 237, 240. Karakaş, karinenin işaret, belirti olan

olduğumuz varsayımlarla kesin karinelerin farklı müesseseler olmadığı, her ikisinin de aynı amaca hizmet ettiği düşünülmektedir.

Kanun koyucu bazı karinelerin aksini ispata cevaz vermeyerek, kesin gördüğü sonuçların hukuk düzeninde uygulanmasını istemiş ve bu yolla ispat faaliyetinden, zamandan, emekten ve masraftan tasarruf etmiş, hukuk güvenliğine katkı sağlamıştır⁵⁶². Her ne kadar kesin karineler ispat yükü kuralı olmasalar da, karine sonucunun ispatındansa karine temelinin ispatının daha kolay olması sebebiyle, ispatı kolaylaştırıcı etkiyi haiz olmakta ve bu şekilde ispat hukuku ile bağlantıları kurulmaktadır⁵⁶³.

Kesin karinelerde de iddia ve ispat edilmesi gereken karine temeli ve ispat edilen karine temelinin ardından iddia ve ispatına gerek olmadan hakim tarafından kendiliğinden uygulanması gereken ve aksini ispata cevaz verilmeyen varsayılan hakkı veya olayı içeren karine sonucu yer almaktadır. Aksi ispat edilebilen karinelere farklı olarak bu karinelerde fiili belirsizlik şartı aranmamaktadır. Çünkü, karine olarak kabul edilen hak veya olayın aksini ispata cevaz vermeyen kanun koyucu, hak veya olayın belirsiz kalmasını istememektedir⁵⁶⁴.

2. Kesin Karine Örnekleri

Hukukumuzda, kesin karinelere örnek olarak aşağıdaki düzenlemeleri verebiliriz⁵⁶⁵:

kelime anlamıyla, aksinin ispatının mümkün olmamasının bir çelişki oluşturduğunun belirtmek, ancak kesin karinelerde de, karine olanın karine değil karineden hareketle ulaşılan sonuç olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Karakaş, **a.g.m.**, s. 747. İsviçre hukukunda da Vermutung kelimesinin anlamıyla kesin *–unwiderlegbar* ifadesinin çelişkili olduğu ve kesin karine kavramının *contradictio in adiecto* (iki kavram arasındaki çelişki) olduğu belirtilmektedir. Bkz. Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 82.

⁵⁶² Siegrist, **a.g.e.**, s. 237, 240.

⁵⁶³ Karakaş, **a.g.m.**, s. 749.

⁵⁶⁴ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 89; Topuz, **a.g.e.**, s. 113-114.

⁵⁶⁵ TMK m. 1020, m. 166/III ve IV, m. 222, TBK m. 31, m. 503 kesin karinelere verilebilecek hukukumuzdaki örneklerdir. Umar, Yılmaz İİK m. 44/IV c.2 ve İİK m. 280, III'ün kesin karine olduğunu ifade etmektedirler. Bkz. Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 172. ZPO ve BGB'de ve ZGB ve OR'da, kesin karinenin yer almadığı kanaati hakimdir. Bkz. Leipold, **a.g.e.**, s. 104; Prütting, **a.g.e.**, s. 83; Rosenberg, **a.g.e.**, s.213; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 172. Musielak, BGB §1566'yı kesin karinelere örnek olarak vermektedir. Stein, Jonas da BGB § 1566 1 ve 2. paragrafları ve ZPO §267, 547.

Tapu sicilinde kayıtlı olan hususların bilinmediği ileri sürülemez (TMK m. 1020). Tapuda bir husus kayıtlıysa, bu hususu herkesin bildiği kesin olarak kabul edilmektedir ve tapuda kayıtlı olan bir hususun bilinmediğinin iddia ve ispatına cevaz verilmemektedir. TMK m. 166/4'te boşanma davasının reddi kararının kesinleştiği tarihten üç yıl geçmesine rağmen ortak hayatın yeniden kurulamadığı durumda, evlilik birliğinin temelden sarsıldığı kabul edilmesi de kesin karinelere örnektir⁵⁶⁶. Bu karinede karine temelini, boşanma davasının reddi kararının kesinleştiği tarihten itibaren üç yıl geçmesine rağmen ortak hayatın yeniden kurulamamış olması oluşturmakta ve bu vakıadan çıkarılan sonuç olan evlilik birliğinin temelden sarsıldığı kesin olarak kabul edilmektedir.

TMK m. 222'de eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen malların eşlerin paylı mülkiyeti olarak kabul edilmesi de kesin karinelere örnek olarak verilebilir. TBK m. 503'te kendisine bir işin görülmesi emredilen kişi, bu iş görme konusunda resmi sifata sahipse, işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri yapacağını duyurmuşsa, bu öneriyi hemen reddetmemişse vekalet sözleşmesinin kurulmuş sayılmasını kanun mutlak olarak emretmiş ve bir kesin karine düzenlemiştir⁵⁶⁷. TBK m. 39'da yanılma, aldatma veya korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak 1 yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır düzenlemesi yer almaktadır. Burada kanun koyucu 1 yıl içinde iptal hakkı kullanılmadığında, sözleşmeyle bağlı olma iradesinin söz konusu olduğu sonucunu çıkarmış ve sözleşmeyle bağlı olunacağını kesin şekilde düzenleyerek kesin karineye yer vermiştir.

maddeleri aksi ispat edilemeyen karinelere örnek olarak vermektedir. Bkz. Stein, Jonas, **a.g.e.**, s. 789. Hatemi kesin karineyi aksi somut olayda ispatlanamayan, fakat aksinin ispatı objektif olarak imkansız olmayan karinelere olduğunu ifade etmektedir ve bu karinelere birlikte ölüm karinesini örnek vermektedir. Bkz. Hatemi, **a.g.e.**, s. 180.

⁵⁶⁶ Topuz, **a.g.e.**, s. 113.

⁵⁶⁷ Kesin karine örnekleri için bkz. Karakaş, **a.g.m.**, s. 751.

3. Kesin Karinelerin Adi Karinelerden Ayırt Edilmesi

Bir karinenin aksinin ispatının mümkün olup olmadığı bazı durumlarda kanunda açıkça yazmaktadır. TMK m. 721, m. 216/II, m. 222/III'te kanun “aksi ispat edilmedikçe”, “aksi ispatlanmış olmadıkça”, “aksi ispat edilinceye kadar” ifadeleriyle bu karinelerin aksi ispat edilebilen karineler olduğunu belirtmiştir.

Kanun metninden karinenin aksi ispat edilebilen veya edilemeyen bir karine olduğu anlaşılıyorsa amaçsal yorum yapılarak karinenin ne tür bir karine olduğu belirlenebilir⁵⁶⁸. TMK m. 222'de, kanun koyucu eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen malları karine temeli olarak düzenlemiş ve bu vakıanın ispatı sağlanamazsa, söz konusu malları onların paylı mülkiyetinde kabul ederek bir kesin karine düzenlemiştir⁵⁶⁹. Malların paylı mülkiyet sayılmasının ardından, bu malların paylı mülkiyet olmadığı ispat edilmesi, maddenin etkisi nazara alındığında mümkün görünmemektedir. Bu yüzden de kesin karinedir. Karinenin yorum yoluyla da kesin ya da aksi ispat edilebilen karine olduğu anlaşılıyorsa, aksi ispat edilebilen bir karine olduğu kabul edilmektedir⁵⁷⁰.

4. Kesin Karinelerin Hukuki Niteliği ve Etkileri

Kesin karinelerin hukuki niteliğine dair doktrindeki görüşlerden biri kesin karinelerin ispat kuralı olduğuna dairken⁵⁷¹, diğer görüş kesin karinelerin maddi hukuk kuralları⁵⁷² olduğu yönündedir.

⁵⁶⁸ Karakaş, **a.g.m.**, s. 751; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 84. İsviçre hukukunda *vermuten* fiilinin aksi ispat edilebilen karineler için, *gelten* fiilinin de kesin karineler için kullanılması faydalı olsa da her zaman bu fiillerin kullanımına göre karinenin türü belirlenememektedir. Bkz. Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 84. Türk hukukunda da kesin karinelerin aksi ispat edilebilen karinelerden ayrımının kullanılan fiiller yardımıyla sağlanması pek mümkün değildir. Bkz. Karakaş, **a.g.m.**, s. 751.

⁵⁶⁹ Karakaş, **a.g.m.**, s. 751.

⁵⁷⁰ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 84; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 172. Ne lafzen ne de içerik olarak kesinlik taşımayan karineye, kesin karine gücü tanınması mümkün değildir. Bkz. Özkes, **FSEK**, s. 84.

⁵⁷¹ Siegrist, **a.g.e.**, s. 241.

⁵⁷² Leipold, **a.g.e.**, s. 103; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 91; Prütting, **a.g.e.**, s. 82; Plosz, **a.g.m.**, s.6; Musielak, Stadler, **a.g.e.**, s. 143; Topuz, **a.g.e.**, s. 116.

Siegrist⁵⁷³, kesin karinelerin maddi hukuk kuralı olmayıp aksi ispat edilebilen karineler gibi yargılamaya ait ispat kuralları olduklarını ileri sürmektedir. Yazara göre kesin karinelerle adi karineler arasında ilkesel olarak değil sadece derece farkı bulunmaktadır. Kesin karinelerin maddi hukuka dair kesin etkileri oldukları ise tartışmasızdır. Ancak bu etkilerine rağmen kesin karinelerin düzenlendiği durumlarda, hükmün verilebilmesi için hakimin ikna olmasının gerektiğine dair kuralın yerine kesin karineye dair kurallar geçmiştir. Nitekim kesin karineler ispat hukukuna ilişkin ispat yerine geçen şekli tespit aracıdır. Bu yüzden de kesin karineler ispat kuralıdır ve yargılama hukukuna ait düzenlemedir.

Leipold⁵⁷⁴, kesin karineler ispat kuralı olsaydı diye meseleyi ele alarak, Siegrist'in bu görüşüne karşı çıkmaktadır. Yazar, kesin karinelerin ispat kuralları olarak kabul edilmesi durumunda kesin karinelerin varsayılan vakıa a'nın usulü olarak tespitini düzenleyen kurallar olacaklarını, varsayılan hukuki sonucun iddia edilmesinin gerekeceğini ve kesin karineler aracılığıyla yargılama dışı davranışların düzenlenemeyeceğini ifade etmektedir.

Kanaatimizce, kesin karineler karine sonucuna dair ispat yükü düzenlemesi yapmadığı gibi, ispat kuralı da değildir⁵⁷⁵. Nitekim kanun koyucu kesin karinelerde aksini ispata cevaz vermeyerek karine karşısındaki tarafın, karine sonucunu ortadan kaldırmak amacıyla bir ispat faaliyetine girmesine engel olmaktadır. Kesin karinelerde aksini ispata cevaz verilmemesi aksi ispat edilebilen karinelere kesin karineleri hukuki nitelik bakımından ayırmakta ve kesin karinelerin ispat yükü kuralı olma imkanını ortadan kaldırmaktadır. Bundan dolayı da kesin karineler aksi ispat edilebilen karinelere farklı olarak, belirsizlik durumunda-non liquet- devreye giren karar verme kuralları değildir. Kesin karineler normal maddi hukuk kuralıdır.

Kesin karineler de aksi ispat edilebilen karineler gibi ispat konusunu değiştirmekte, varsayılan karine sonucuna dair ispat kolaylığı ve ispat muafiyeti

⁵⁷³ Siegrist, **a.g.e.**, s. 241.

⁵⁷⁴ Leipold, **a.g.e.**, s. 103.

⁵⁷⁵ Leipold, **a.g.e.**, s. 102; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 91; Prütting, **a.g.e.**, s. 82; Plosz, **a.g.m.**, s.6; Musielak, **Beweislast**, s. 49; Prütting, Gehrlein, **a.g.e.**, s. 851; Kuhn, **a.g.e.**, s. 102.

sağlamakta ve hakimin delilleri serbestçe değerlendirebilme imkanını varsayılan vakıa bakımından bertaraf etmektedir⁵⁷⁶. Kesin karinelerin karine sonucuna dair delillerin takdirini ortadan kaldırdığı için ispat kuralı oldukları Siegrist tarafından kabul edilmektedir. Yazarın görüşü kesin karinelerin ikna ve ispatın yerine geçmelerinin, bu karinelerin ispat kuralı olma özelliklerinden kaynaklandığı yönündedir. Halbuki aksi ispat edilebilen karinelerde de karine sonucuna dair bir ispat muafiyeti tanınmaktadır. Hakimin hukuku kendiliğinden uygulama ilkesinden dolayı karine sonucu kendiliğinden, tarafların iddiasına gerek kalmadan uygulanabilecektir.

5. Aksi İspat Edilemezliğin Kapsamı

Kesin karinelerin aksi ispatına kanun mutlak şekilde izin vermemiştir. Ancak bu karinelerin uygulanmasına bir yolla engel olunabilir. Kesin karinelerin unsur vakıaları yargılamada tartışıldığında ve uygulanmaması gerektiğine karar verildiğinde karinenin uygulanmasına engel olunabilir. Yani karinenin karşısındaki tarafın karine temeline karşı ispat faaliyetinde bulunmasıyla hakimde kesin karinenin koşul vakıasının gerçekleştiğine dair oluşmuş veya oluşmakta olan ikna sarsılabilir⁵⁷⁷. TMK m. 166/4'deki karinenin uygulanmasına, boşanma kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde eşlerin birlikte yaşadığı, ortak hayatın kurulduğu ispat edildiği takdirde engel olunabilecektir.

Karşı ispat faaliyetiyle kesin karineyi hükümsüz kılma imkanı karinenin karakteriyle, karşı ispatın bağlantılı olduğunun kabulünden kaynaklanmamakta, hukuk kuralının temel unsur eksikliğinden dolayı uygulanmamasıyla bu durum açıklanabilmektedir⁵⁷⁸. Karşı ispat faaliyetiyle kesin karinelerin uygulanmasına engel olunması, kesin karinelerin hukuki niteliğinde bir değişmeye neden olmaz. Çünkü, karşı ispat faaliyetiyle ispat yükü üstlenilmiş olmamaktadır. Netice olarak aksi ispatı

⁵⁷⁶ Siegrist, **a.g.e.**, s. 235.

⁵⁷⁷ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 83; Siegrist, **a.g.e.**, s. 225, 234, 235; Topuz, **a.g.e.**, s. 119; Karakaş, **a.g.m.**, s. 748.

⁵⁷⁸ Guggenühl, **a.g.e.**, s. 84; Topuz, **a.g.e.**, s. 119.

mümkün olmayan kesin karinelerin uygulanmasına, ancak unsur eksikliğinin ispatıyla engel olunabilir.

B. VARSAYIM (FARAZİYE, FİKSİYON)

1. Kavram Ve Unsurları

Latince’de varsayım, faraziye, fiksiyon (*Fiktio*) kavramının karşılığını gerçekte mevcut olmayan bir olgunun veya unsurun mevcut farz edilmesi anlamına gelen *fictio* teşkil etmektedir⁵⁷⁹. Varsayımın hem kelime anlamında hem de hukuki anlamında gerçek olmayana bir gerçeklik, eşit olmayan bir eşitlik tanınmaktadır.

Roma hukukundan bu yana varsayımlar yaşam gerçekleri ve hukuk arasında bir köprü işlevi görmektedir ve m. 285, m. 31’in temelinde de tarihsel varsayımlar bulunmaktadır⁵⁸⁰. Hukukta varsayımların kullanılması, matematikte varsayımlara dayanarak gerçek yaşamdaki ilişkilerin açıklanmaya çalışılmasıyla (sanal sayılar, kuantum mekaniği) benzer bir işleve sahip olup, matematikte varsayımların kullanılması kadar olağandır⁵⁸¹.

Varsayım belirli bir vakiya doğrudan kanun tarafından bağlanan kesin sonuç, kanunun birtakım belirlemeleri⁵⁸², eşit olmayanların eşit tutulmasıdır⁵⁸³.

⁵⁷⁹ Roma hukukçuları, varsayımlara ilişkin bir teori oluşturmamalarına rağmen, *fictio* bir hukuki araç olarak ilk defa Roma hukukunda kullanılmıştır. Varsayımlarla, hukuk kurallarının katı lafzından dolayı, ulaşılması mümkün olmayan, ancak istenen sonuçlara ulaşmak amacıyla gerçek olmayan bir varsayım aracılığıyla, elde edilemeyecek hukuki sonuçların elde edilmesi için kullanılmıştır. Roma hukukunda yabancıların *ius civile* davasını açamayacaklarından praetor hakime, yabancıyı Roma vatandaşı farz ederek karar vermesini emrederdi. *Ius civile* mülkiyetinin herhangi bir nedenle iktisap edilemediği, zamanaşımı ile iktisap edilebileceği hallerde açılabilen bir dava olan *actio publiciana in rem*’dir. Burada malın taşınır taşınmaz oluşuna göre bir veya iki yıllık zamanaşımı süresinin işlemiş olduğu faraziyesi söz konusudur. Yine, esarete ölen bir Roma vatandaşı esir iken değil, düşman eline geçmiş olduğu anda ölmüş kabul edilmektedir. Çünkü köle olarak ölmüş bir esirin mirası söz konusu olamayacaktır. Bkz. Fulya İlçin Gönenç, “Roma Hukukundan Günümüze Hukuki Faraziyeler”, **EÜHFD**, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 140-143.

⁵⁸⁰ Günümüzde varsayımlara ilişkin tartışmalar kanun hükümlerinin yorumlanmasında varsayımlara dayanılması noktasında toplanmaktadır. Bkz. Gönenç, **a.g.m.**, s. 147, 148.

⁵⁸¹ Gönenç, **a.g.m.**, s. 150.

⁵⁸² Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 662; Gönenç, **a.g.m.**, s. 147; Rüeegg, **a.g.e.**, s. 30.

⁵⁸³ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 88; Karl Larenz, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, sechste Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, Springer Verlag, 1991, s. 262.

Varsayımlar aracılığıyla vakıa tespiti yapılmaz, hukuki sonuç düzenlemesi yapılır⁵⁸⁴. Şöyle ki, varsayımda kanun, bir vakıaya doğrudan sonuç bağlayabildiği gibi, belirli bir vakıaya bağladığı sonucu diğer bir vakıa için de geçerli kabul etmektedir⁵⁸⁵. Genel olarak varsayım “a” vakıası için saptanmış hukuki sonucu “b” vakıasına da bağlayan ve hukuki sonuç bakımından “a” vakıasını “b” vakıasına eşit gören ve bu eşitliğin aksinin ispatını mümkün görmeyen hukuk kuralı olarak tanımlanmaktadır⁵⁸⁶.

Varsayımlar, hukuk kuralını farklı somut vakıaların hukuki açıdan eşit değerlendirilmesi olarak düzenlemeyi tercih eden kanun koyucunun özel bir kanun yapma tekniği⁵⁸⁷, kanun koyma tekniğini kolaylaştıran aracıdır⁵⁸⁸. Varsayıma, kanuni, gizli atıf gözüyle de bakılmakta, kanunun varsayımlarla dolambaçlı yol yerine kestirme yolu seçtiği ve kuraldan tasarruf ettiği de kabul edilmektedir⁵⁸⁹. Kanun koyucu “a vakıası için düzenlenmiş hukuki sonuçlar b vakıası için de uygulanır” demek yerine varsayımları kullanarak “b vakıası a vakıası gibidir” diyerek a vakıasına bağlı hukuki sonuçları b vakıası için tekrar etmekten kurtulmuştur⁵⁹⁰.

⁵⁸⁴ Larenz, **a.g.e.**, s. 262.

⁵⁸⁵ Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 662. Fransız hukukunda fiksion kavramı ile başka bir müessese kastedilmektedir. Fiksion kanun koyucunun realite dışına çıkmasıdır. Evlat edinmeyle soybağının kurulması gerçeğe aykırı olsa da kanun koyucunun kabullendiği fiksiondan dolayı soybağının kurulduğu kabul edilmektedir. Bkz. Umar, **a.g.m.**, s. 185, dn. 9.

⁵⁸⁶ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 213; Larenz, **a.g.e.**, s. 262; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 662; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 169; Siegrist, **a.g.e.**, s. 238; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 88; Topuz, **a.g.e.**, s. 63; Serozan, **a.g.e.**, s. 12-13; Winkler, **a.g.e.**, s. 9.

⁵⁸⁷ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 87; Siegrist, **a.g.e.**, s. 239; Larenz, **a.g.e.**, s. 262.

⁵⁸⁸ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 213; Walter Koch, **Der Rechtschein im Handelsrecht**, y.y., e.y., 1923, s. 17.

⁵⁸⁹ Larenz, **a.g.e.**, s. 261; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 87. Varsayım genelde atıf işlevli olmakla beraber başka bir kuralı sınırlayıcı bir işlevi -pek rastlanmasa da- söz konusu olabilir. A olayının hukuksal sonucunu B olayı için dışlayarak A kuralını sınırlayabilir ve bu kurallar olumsuz varsayım kuralı teşkil eder. Bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 12; aynı yönde bkz. Larenz, **a.g.e.**, s. 262.

⁵⁹⁰ Larenz, **a.g.e.**, s. 262; Serozan, **a.g.e.**, s. 12. Varsayım hukuki görünüşten farklı bir müessedir. Hukuki görünüşte, mevcudiyeti kabul edilen hukuki durumun görünüşte mevcut olduğu kabul edilmektedir. Hukuken önem taşıyan dış olgunun, dış görünüşü ile gerçek mevcudiyeti arasında bir fark gözetilmemektedir. Yani hukuki görünüşte gerçekte mevcut olmayan bir husus bilerek mevcut farzedilmektedir. Bkz. Hüseyin Ülgen, **Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 1975, s. 30. Bazı varsayımların hukuki görünüş niteliğinde olduğuna dair bkz. Koch, **a.g.e.**, s. 17. Ülgen, Koch’un ifade ettiği varsayımların, dış görünüşü esas alan varsayımlar olduğunu ifade etmektedir. Burada varsayım temelini, bir hukuki durumun mevcudiyetine delalet eden bir dış olgu oluşturmaktadır. Bu hususa ilişkin olarak da TTK m. 12/II örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. Ülgen, **a.g.e.**, s. 30.

Varsayımı düzenlerken kanun koyucu, ispat yükünü veya delil değerlendirmesini etkilemeyi düşünmemiştir. Varsayımlar normal maddi hukuk kuralıdır⁵⁹¹. Keza varsayımlarda aksi ispata cevaz verilmemekte-varsayımın aleyhine olduğu tarafa bir ispat faaliyeti yüklenmemekte- maddi hukuka ilişkin bir hukuk kuralı düzenlenmektedir.

Varsayımlarda varsayım temelinin ispat edilmesi gerekmektedir ki varsayım uygulanabilsin⁵⁹². Bu bakımdan varsayımlar, ispat yükü ile bir ilgisi bulunmamakla beraber, ispat konusunu değiştiren kurallardır⁵⁹³. Karşı taraf, varsayımın aksini iddia ve ispat edemeyeceğinden, varsayım temelinin karşı ispatıyla hakimdeki kanaati sarsarak varsayımın uygulanmasına engel olabilir⁵⁹⁴. Örnek olarak, TTK m. 682/1’de yer alan “*Cironun bağlı tutulduğu her şart yazılmamış sayılır*” varsayımının uygulanabilmesi için cironun bağlı tutulduğu bir şartın var olduğunun ispat edilmesi gerekir. Karşı tarafın da, varsayımın uygulanmasına engel olmak için, cironun bir şarta bağlı tutulmadığını ya da bağlı tutulduğunun bir şart olmadığını ispat etmesi gerekir.

2. Varsayım Örnekleri

Hukukumuzda, varsayımlara örnek olarak aşağıdaki düzenlemeleri verebiliriz⁵⁹⁵:

TMK m. 20/2’de “*Önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı halde Türkiye’de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş olan kimsenin hâlen oturduğu yer, yerleşim yeri sayılır.*” kuralıyla geçici oturma kalıcı yerleşme ile bir tutulmakta ve ikisine de aynı hukuki sonuç bağlanmaktadır. TMK m.

⁵⁹¹ Guggenühl, **a.g.e.**, s. 88; Hatemi, **a.g.e.**, s. 180; Siegrist, **a.g.e.**, s. 238; Musielak, **Beweislast**, s. 49; Plosz, **a.g.m.**, s. 6; Gierk, **a.g.e.**, s. 28.

⁵⁹² Donau, **a.g.m.**, s. 452; Guggenühl, **a.g.e.**, s. 87.

⁵⁹³ Karakaş, **a.g.m.**, s. 753; Guggenühl, **a.g.e.**, s. 88.

⁵⁹⁴ Donau, **a.g.m.**, s. 452-453.

⁵⁹⁵ Tüzel kişilerin gerçekte kişi olmadıkları halde kişi olarak kabul edilmelerinin hukukta varsayım kullanımı olduğuna dair bkz. Gönenç, **a.g.m.**, s. 147. Hatemi TMK m. 3/1’de kaine düzenlenmişken, TMK m. 3/2’de bir varsayımın düzenlendiğini belirtmektedir. Dürüstlük ilkesine göre gerçeği araştırma yükümü olduğu kabul edilen kişi bu yükümü yerine getirmemişse kötüniyetli sayılır. Aksini ispata imkan tanınmamıştır. Burada düzenlenen kötüniyet varsayımıdır. Bkz. Hatemi, **a.g.e.**, s. 184.

28/2'deki "Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder." kuralı ile, henüz dünyaya gelmemiş cenin doğmuş sayılmakta ve doğmuş çocuk gibi ona hak ehliyeti tanınmaktadır. TBK m. 175/1-2 de varsayıma örnektir⁵⁹⁶. Taraflardan birinin koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kuralına aykırı olarak engel olmasını veya gerçekleşmesini sağlamasını , kanun koyucu gerçek hayata uygun olmayan bir sonuç olan şartın gerçekleşmiş ya da gerçekleşmemiş sayılmasına bağlamıştır.

İİK m. 278'i de varsayıma örnek olarak verebiliriz⁵⁹⁷. Tasarrufun iptali davası açabilmesi için borçlunun belli hukuki işlemleri gerçekte bağışlama olmasa da bağışlama gibi kabul edilmektedir⁵⁹⁸. İİK m. 96/3'te istihkak iddiasının yapıldığı veya istihkak davasının açıldığı tarihte istihkak davacısı ile birlikte oturan kimseler yahut bu kişilerin iş ortakları iddianın yapıldığı ya da istihkak davası İİK m. 97/9' a göre açılmışsa davanın açıldığı tarihte malın haczini öğrenmiş sayılırlar. Bu hükümde haciz öğrenilmemiş olsa bile kanun koyucu öğrenilmiş olduğunu kabul ederek bir varsayım kabul etmiştir⁵⁹⁹. İİK m. 44/4'deki yakın hısımların iyi niyet iddiasında bulunamayacaklarını, kötü niyetli sayıldıklarını kanun düzenlemiştir. Bu düzenlemede kanun koyucu yakın hısımları iyi niyetli olsalar bile kötü niyetli olarak kabul etmiştir.

C. VARSAYIM VE KESİN KARİNELERİN AYIRT EDİLMESİ

Kesin karinelerle varsayımların birbirinden ayrılması oldukça güçtür. Kesin karinelerin aksi ispat edilemediklerinden dolayı bu karineleri varsayımlarla eşit

⁵⁹⁶ Karakaş, **a.g.m.**, s. 752.

⁵⁹⁷ Kuru İİK m. 278 ve bu düzenlemeleri kesin karine olarak kabul etmektedir. Bkz. Kuru, **Usul**, s. 1383. Kanaatimizce kanun koyucu burada varsayım düzenlemesi yapmıştır. Çünkü herhangi bir karine temelinden karine sonucuna dair bir çıkarım yapılmamakta kişilerin durumlarıyla ilgili bir belirleme yapılarak farklı durumlara aynı hukuki sonuç bağlanmaktadır

⁵⁹⁸ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 662-663.

⁵⁹⁹ Muşul kesin karine ile varsayımı aynı müessese olarak kabul ettiğinden kesin kanuni karine (fiksiyon) olarak bu hükmü kabul etmiştir. Kanun koyucunun haczi öğrenme tarihinin sürüncemede kalmaması için haczin öğrenildiğinin kabulünü gerektiren bir kesin karine (fiksiyon) getirmiş olduğunu yazar belirtmektedir. Bkz. Timuçin Muşul, **İcra ve İflas Hukuku**, C. II, 6. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 719.

gören yazarlar⁶⁰⁰ bulunduğu gibi, bu kriteri belirleyici saymayarak her iki müesseseyi farklı gören yazarlar⁶⁰¹ da vardır. Kesin karineler ve varsayımlar teorik anlamda farklı kurallar olsa da, uygulama açısından aralarında bir fark bulunmamaktadır⁶⁰². Bu bakımdan, bir kuralın kesin karine mi yoksa varsayım mı olduğunun karıştırılmasının uygulama açısından pek bir önemi olmadığını düşünmekteyiz⁶⁰³. Ancak, teorik olarak bu müesseselerin farklılıklarına değinmek istiyoruz.

Karineler ve varsayımlarda, iki vakıa arasındaki bağlantının içeriği ve amacı farklıdır⁶⁰⁴. Karinelerde hukuki sonuçtan daha çok vakıaların varlığını birbirlerine bağlama amacı söz konusuysen, varsayımda vakıaları hukuki sonuca bağlamak amaçlanmaktadır⁶⁰⁵. Karinelerde bilinen a olayının varlığından bilinmeyen b olayı çıkarılırken, varsayımda, her iki vakıa da bilinmektedir ve a olayıyla b olayının hukuki sonuç bakımından eşit tutulması söz konusudur, yani bir olaydan diğer bir olayın veya hakkın çıkarılması faaliyeti yapılmamaktadır⁶⁰⁶. A olayı b olayının varlığının kabul edilmesi için gerekli bir olay değildir, aksine b olayından bağımsız, müstakil, hak meydana getiren bir olaydır⁶⁰⁷. Varsayım olayı olarak b olayı kabul edildiğinde hukuki sonuç açısından a üzerinde bir etkiye sahip değildir, a olayı olsa da olmasa da b kendisine tanınan hukuki sonuca sahip olacaktır⁶⁰⁸. Halbuki kanuni karinelerde b olayının varlığı a olayına bağlı olmaktadır ve a'nın varlığından b'nin varlığı çıkarılmaktadır.

⁶⁰⁰ Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 86; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 213; Kummer, **a.g.e.**, s. 699; Plosz, **a.g.m.**, s. 8; Üstündağ, **Yargılama**, s. 625; Rüegg, **a.g.e.**, s. 35; Hedemann, **a.g.e.**, s. 218; Muşul, **a.g.e.**, s. 325; Kuhn, **a.g.e.**, s. 102; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 302.

⁶⁰¹ Siegrist, **a.g.e.**, s. 238; Pekcanitez, Atalay, Özeker, **a.g.e.**, s. 662-663; Prütting, **a.g.e.**, s. 49; Stein, Jonas, **a.g.e.**, s. 789; Topuz, **a.g.e.**, s. 64, 117; Serozan, **a.g.e.**, s. 14; Umar, **a.g.m.**, s. 185; Musielak, Stadler, **a.g.e.**, s. 143; Gönenç, **a.g.m.**, s. 147; Karakaş, **a.g.m.**, s. 753; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 91; Musielak, **Beweislast**, s. 49.

⁶⁰² Pekcanitez, Atalay, Özeker, **a.g.e.**, s. 663; Alangoya, Yıldırım, Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 315; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 169; Musielak, **Beweislast**, s. 49.

⁶⁰³ Serozan, kanun koyucunun kanun yapma teknikleri olan kesin karine, adi karine ve varsayım kuralları birbirlerine çok benzeyen ve birbirlerinden ayrılımları oldukça zor olan kurallar olmakla beraber bu kuralların kanunun düzgün uygulanması için ayrılımlarının iyi yapılması gerekmekte olduğu kanaatindeyiz. Bkz. Serozan, **a.g.e.**, s. 15.

⁶⁰⁴ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 21; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 169; Pekcanitez, Atalay, Özeker, **a.g.e.**, s. 663.

⁶⁰⁵ Pekcanitez, Atalay, Özeker, **a.g.e.**, s. 663.

⁶⁰⁶ Siegrist, **a.g.e.**, s. 238-239; Pekcanitez, Atalay, Özeker, **a.g.e.**, s. 662-663.

⁶⁰⁷ Siegrist, **a.g.e.**, s. 239

⁶⁰⁸ Siegrist, **a.g.e.**, s. 240.

Karinelerde aynı hukuki sonuca bağlanan olgular arasında bir yakınlık, benzerlik veya bir belirti söz konusu iken-ölmüş sayılmak ve ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlarda kaybolmak arasındaki benzerlik gibi-varsayımlarda böyle bir benzerlik ya da belirti söz konusu değildir⁶⁰⁹.

Kanun koyucu kesin karineyi düzenlerken hayat gerçekliğinin uygun olacak şekilde düzenleme yapmakta iken-varsayılan vakıa aslında mevcuttur-, varsayımda gerçek hayata uygun olmayan bir düzenleme yapmaktadır⁶¹⁰. Yani varsayımda hukuki sonuca ilişkin yapılan eşitleme gerçek hayatta söz konusu değildir⁶¹¹. Kesin karine ile varsayımın gerçek hayata uygun olup olmadığı kanun koyucunun niyetiyle ilgilidir⁶¹²-yani kanun koyucu gerçek hayata uygun olmadığını bilincindedir- ve bu durum sadece teorik bir değere sahiptir⁶¹³. Varsayım farklı vakıaların eşit tutulmasını sağlar, ancak kanun koyucu hakikatte bu vakıaların eşit olmadıklarını bilmektedir⁶¹⁴. Keza kesin karinelere verdiğimiz yukarıdaki örneklerde de görüldüğü gibi karine sonucundaki vakıalar farzedilmiş vakıalar değildir, somut yaşam gerçeğine uygun aksinin düşünülmesi doğru veya imkan dahilinde olmayan vakıalardır⁶¹⁵.

Alman hukukunda varsayım ve karinenin ayrımı kanun metninde kullanılan fiillerle sağlanabilmektedir. Kanun koyucu varsayım düzenlerken genelde *geltendigt/sayılr* fiilini kullanmayı tercih etmiştir⁶¹⁶. Ancak Alman hukukunda varsayımların karakteristik kelimesinin gelişigüzel kullanımı varsayımların tespitini gereksiz yere zorlaştırmıştır⁶¹⁷. Türk hukukunda ise kullanılan fiil açısından bu şekilde bir genelleme yapamamaktayız. Sayılır fiilini kanun koyucunun sıklıkla kullanmakta olduğunu görmekteyiz.

⁶⁰⁹ Karakaş, **a.g.m.**, s. 754.

⁶¹⁰ Leipold, **a.g.e.**, s. 103; Musielak, **a.g.e.**, s. 49; Prütting, **a.g.e.**, s. 83; Prütting, Gehrlein, **a.g.e.**, s. 351; Serozan, **a.g.e.**, s. 12, 14; Musielak, Stadler, **a.g.e.**, s. 143.

⁶¹¹ Stein, Jonas, **a.g.e.**, s. 789; Gierk, **a.g.e.**, s. 28; Prütting, **a.g.e.**, s. 83; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 89; Topuz, **a.g.e.**, s. 64.

⁶¹² Leipold, **a.g.e.**, s. 103; Gierk, **a.g.e.**, s. 28; Topuz, **a.g.e.**, s. 64.

⁶¹³ Prütting, **a.g.e.**, s. 83.

⁶¹⁴ Prütting, **a.g.e.**, s. 83.

⁶¹⁵ Serozan, **a.g.e.**, s. 14-15.

⁶¹⁶ Prütting, Gehrlein, **a.g.e.**, s. 851; Musielak, **Beweislast**, s. 49; Topuz, **a.g.e.**, s. 64.

⁶¹⁷ Rosenberg, **a.g.e.**, s. 213.

II. EMARE İSPATI, İLK GÖRÜNÜŞ İSPATI ve FİİLİ KARİNELER

Tezimizin bu başlığında, ispat hukuku açısından önem arz eden, ancak oldukça tartışmalı kavramlar olan fiili karine, emare ispatı ve ilk görünüş ispatı üzerinde durmayı uygun gördük. Bu kavramların ispat hukukuna yerleşmesi ispatsızlığın söz konusu olabileceği, ispatın zor olduğu durumlarda ispat kolaylığının⁶¹⁸ sağlanması ve hakkaniyetin gerçekleştirilmesi amacıyla mümkün kılınmıştır. Bu kavramların birbirine sınırlarının tam anlamıyla çizilerek, kullanım alanlarının bağımsız şekilde tayin edilmesi ise hiç de kolay olmamaktadır. Emare ispatı, ilk görünüş ispatı ve fiili karinelerin, her ne kadar birbirinden farklılıkları olsa da, uygulama açısından taşıdıkları benzerlikler, bu kavramların bazı hallerde birbirlerinin yerine kullanılmasını kaçınılmaz kılmaktadır.

Her biri ayrı çalışma konusu olabilecek bu ispat yollarını, çalışmamızın kapsamını aşmamak adına dar olarak ele alabildik. Öncelikle, bu müesseselerin temelinde yer alan tecrübe kurallarını bir başlık altında kısaca ele alacağız. Daha sonra, emare ispatı kavramına ilişkin açıklamalar yapıp, ilk görünüş ispatı ve fiili karineleri inceleyeceğiz. Son olarak da bu müesseseleri kendi aralarında karşılaştıracacağız.

A. TECRÜBE KURALLARI ve BU KURALLARIN İSPAT FAALİYETİNDEKİ ROLÜ

Emare ispatının, fiili karinelerin ve ilk görünüş ispatının temelinde yer alan tecrübe kuralları (*Erfahrungssaetzen*, yaşam deneyimi kuralları), insanların ya da

⁶¹⁸ İspat kolaylığı (Beweiserleichterung) ispat yükü üzerinde olan tarafın düşük derecede ispat faaliyeti yapması olarak ifade edilebilir. Bkz. Laumen, **a.g.m.**, s. 3743. İspat kolaylıkları bir davada esasa ilişkin uyumsuzluğun çözümlenmesinde ispat zorluğu yaşandığı takdirde ispat ölçüsü düşürülerek ya da delil ikame yükü yer değiştirilerek ispat zorluğunun aşılmasını sağlayan vasıtalarlardır. İspat kolaylıklarının olduğu yerlerde kanaatin ölçüsü ne olursa olsun hakimde oluşan kanaat tam kanaattir. Bkz. Albayrak, **a.g.e.**, s. 57.

eşyanın gözlemlenmesi sonucunda çıkarılmış veya bilim teknikten alınmış, davadaki somut olay ve vakılardan bağımsız, gelecekteki yeni olaylar için de geçerli olabilecek, hayatın normal seyri hakkında bilgi veren genel değerlendirmelerdir⁶¹⁹. Tipik ve devamlı surette tekrar eden durumlarda büyük ölçüde ihtimallik gösteren tecrübe kuralları genel tecrübe kuralı olarak da ifade edilmektedir⁶²⁰. Bu tecrübe kuralları vakıa tespitinde, bilhassa delillerin değerlendirilmesinde, bir delilin ispat değerinin belirlenmesinde, dolaylı ispatta kullanılmaktadır⁶²¹.

Tecrübe kurallarının dört kategoride toplandığını görmekteyiz⁶²²: Yaşam kuralları (*Lebensgesetze*), deneyim kuralları (*Erfahrungssaetze*), basit deneyim kuralları (*einfache Erfahrungssaetze*), saf ön yargılar (*reine Vorurteile*). Yaşam kurallarına örnek olarak herkesin parmak izinin farklı olduğu kuralı verilebilir. Deneyim kuralları, yüksek olasılığı karşılayan ancak istisnasız olarak geçerli olmayan işlemlerin sürecine yönelik incelemelerdir. Ameliyat yarasında kalan tamponun doktor tarafından bırakılmış olması gibi. Basit deneyim kuralları ise mümkün zayıf olasılığa işaret etmekte ancak hiçbir zaman hakimi tam olarak iknaya güç yetiremeyecek kurallardır. Bu yüzden bu kurallar sadece delillerin değerlendirilmesinin-emare ispatının bir parçası olabilirler. Saf ön yargılar için bir

⁶¹⁹ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 115; Başözen, **a.g.e.**, s. 165; Edis, **a.g.e.**, s. 362. Yaşam deneyimi kurallarının tecrübe kurallarının temelini oluşturduğuna dair bkz. Başözen, **a.g.e.**, s. 74.

⁶²⁰ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 116; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 166; Arwed Blomeyer, “Medeni Usul Hukukunda Delillerin Takdiri”, çev. Turgut Akıntürk, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 25, S. 3-4., 1968, s. 172. Söz konusu makaledeki bir örneğe yer vermek istiyoruz. Bir bina inşasında yeterli tedbirler alınmadan temel kazılmış ve karşı gayrimenkuldeki bina çökmüştür. Tedbir alınmadan yapılan kazma işleminden dolayı toprak gevşeyeceğinden yan taraftaki ev çökmüştür. Evin bu sebepten çöküşü kesin olmamakla beraber, hakimin evin çöküş sebebini dayandıracığı başka kesin bir sebep de yoktur. Hakim evin çöküş sebebini hayatın olağan akışına uygun olarak genel bir tecrübe kuralına dayandırarak belirleyecektir. Bkz. Blomeyer, **a.g.m.**, s. 172. Bir başka tecrübe kuralı örneği de, bir kişinin aynı anda farklı iki yerde bulunamayacağı kuralıdır. Bkz. Larenz, **a.g.e.**, s. 306.

⁶²¹ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 116; Topuz, **a.g.e.**, s. 125.

⁶²² Musielak, **Beweislast**, s. 106-111; Baumgaertel, **a.g.e.**, s. 274 vd. Musielak ön yargı kuralları ve illiyet bağının ispatı hariç olmak üzere basit tecrübe kuralları ilk görünüş ispatının uygulanmasında bir yere sahip olmadıklarını ifade etmektedir. Çünkü ilk görünüş ispatında kural ispat ölçüsü geçerlidir ve deneyim kurallarının yalnız başına ilk görünüş ispatında gerekli olan ispat ölçüsüne ulaştırmaktadır. Bkz. Musielak, **Beweislast**, s. 110. Tecrübe kuralları için bkz. Yıldırım, **a.g.e.**, s. 115 vd.; Başözen, **a.g.e.**, s. 164 vd.

olasılık ifadesi yapılamaz ve bu kurallar hukuk açısından değersizdir, mahkeme kararlarında bir yerleri yoktur⁶²³.

Delillerin değerlendirilmesi aşamasında tarafların getirdiği malzemeleri değerlendirirken, hakim tecrübe kurallarını da nazara almalıdır⁶²⁴. Ayrıca, delil gösterilmemiş bir olay iddiasının doğruluğunu, hakim tecrübe kurallarına göre kabul edebilir ve delil gösterme yükü olayın aksini ileri süren tarafa geçebilir⁶²⁵. Bu bakımdan, tecrübe kurallarının uygulanabilmesi için mutlaka emare ispatına, fiili karinelere ya da ilk görünüş ispatına temel olması gerekmez.

Tecrübe kuralları genel hayat tecrübeleri, yaşama dair gözlemler olabileceği gibi mesleki bilgi, sanat kuralları, ticarete veya teknik bilgiye ilişkin de olabilir⁶²⁶. Tecrübe kuralları özel bilgiyi gerektirseler bile ispatı gerekmeyen kurallardır⁶²⁷. Hakim bu durumda kendi tecrübe kuralına dair bilgisini olaya uygulayabilecekken, özel bir bilgi durumunda kendisi araştırıp tecrübe kuralını öğrenip olay açısından değerlendirebilir⁶²⁸. Taraflar da uygulanabilecek tecrübe kuralını mahkemeye sunabilirler. Tarafların buradaki faaliyeti ise teknik anlamda ispat faaliyeti değil, hakime yardım etme olarak kabul edilebilir⁶²⁹. Belirtmek gerekir ki tecrübe kuralları ispat yükünde herhangi bir değişikliğe sebebiyet vermez⁶³⁰.

⁶²³ Baumgaertel, Laumen, Prütting, bazı fiili karinelerin emare ispatı veya ilk görünüş ispatıyla ilgili olmadığını, yaşam deneyimi kurallarıyla da bağlantılı olmayıp sadece iddialar olduğunu ve ispat değerlerinin bulunmadığını ifade etmektedir. Ne yutulursa yiyecek olduğu gibi. İşte bu kurallar Vorurteil-ön yargı kurallarıdır. Bkz. Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 346.

⁶²⁴ Başözen, **a.g.e.**, s. 158.

⁶²⁵ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 166.

⁶²⁶ Başözen, **a.g.e.**, s. 159; Yıldırım, **a.g.e.**, s. 115; Topuz, **a.g.e.**, s. 124. Sınırlayıcı, istatistiki, ihtimal derecelerinin sınıflandırılmasına ve ispat değerine göre tecrübe kurallarının ayırımına dair bkz. Başözen, **a.g.e.**, s. 165-172.

⁶²⁷ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 118; Bilge, Önen, **a.g.e.**, s. 492; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 28; Albayrak, **a.g.e.**, s. 47; Karafakih, **a.g.m.**, s. 170.

⁶²⁸ Bir vakıa hakkında hâkim sadece herkesin bildiğini yahut bilebileceğini biliyorsa şahsi bir bilgiden söz edilmez. Bkz. Murat Atalı, "Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında Dava Dışında Edindiği Şahsi Bilgisini Kullanması", **Halûk Konuralp Anısına Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 158. Tecrübe kurallarında ölçü hakimin kendi yaşam tecrübesi olmakla birlikte, hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel bilgi olarak tecrübe kuralları nazara alındığında ve hâkim tecrübe kurallarına göre karar verdiğinde, hakimin şahsi bilgisini davada kullandığı söylenemez. Bkz. Taşpınar, **a.g.m.**, s. 569.

⁶²⁹ Bkz. I. Bölüm: İspat Kavramı Ve İspat Türleri.

⁶³⁰ Allner, **a.g.e.**, s. 67; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 660. Karafakih, tecrübe kurallarını ve kanuni karineleri iddia edeni ispattan muaf tutan yardımcı deliller olarak ifade etmiştir. Çünkü, yazara

Tecrübe kuralları kayıtsız şartsız her durumda hukuk kuralları gibi genel olarak geçerli değildir, nitekim yüz kere gerçekleşen bir tecrübe kuralının yüz birinci kez gerçekleşeceğine kesin gözle bakılamaz⁶³¹. Bundan dolayı her somut olayda tecrübe kuralının uygulanıp uygulanmayacağı incelenmeli ve tecrübe kuralının uygulanması için şartlar uygunsa tecrübe kuralı uygulanmalıdır⁶³².

Tecrübe kuralları hayatın olağan akışıyla fark edilerek, uyuşmazlıkların çözümünde kullanılabildiğinden kanun koyucu tecrübe kurallarından etkilenerek hukuk kurallarını düzenlemiş olabilir⁶³³. Kanuni karineler kanunda düzenlenmeden önce tecrübe kuralı olsa dahi bu kurallar kanunda düzenlenmiş olduğundan, tecrübe kuralları başlığı altında yer almaz ve tecrübe kurallarıyla aynı etkiyi göstermez⁶³⁴.

göre, tecrübe kuralının olaya uygulanması hukuk kuralının uygulanması gibi olur. Bkz. Karafakih, **a.g.m.**, s. 170.

⁶³¹ Daenzer, **a.g.e.**, s. 5.

⁶³² Tecrübe kurallarının yanlış uygulanması, uygulanması gereken tecrübe kuralının uygulanmaması ve olmayan tecrübe kuralının uygulanması durumunda delillerin değerlendirilmesinde bir hata yapılmışsa kararın bozulması gerekir. Bkz. Leyla Keser, İlk Görünüş İspatı (Prima Facie Beweis), **Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel'e Armağan**, İzmir, 2001, s. 241. Yargıtay da tecrübe kurallarına aykırılığı denetim kapsamına almaktadır. Yargıtay'ın, ilk derece hakiminin delillerin takdirine müdahale ettiği kararlarında, genellikle tecrübe kurallarına aykırı karar verilmiş olduğu görülmektedir. Bkz. Ömer Sivrihisarlı, **Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Varisleri, 1978, s. 118-123. Musielak da deneyim kurallarının nazara alınmamasını ZPO §286 I'e aykırılık olarak kanun yolunda denetlenebileceğini ifade etmektedir. Bkz. Musielak, **Beweislast**, s. 111.

⁶³³ Tecrübe kurallarının, düzenlenmesine etkide bulunduğu hukuk kuralı ilga edilmiş olsa bile temelde yatan tecrübe kuralları hala uygulanabilmektedir. Bkz. Yıldırım, **a.g.e.**, s. 116. Siegrist, tecrübe kuralına bağlı olay kesin bir etki sonucuna bağlı olduğunda, her zaman bu etki sonucu ortaya çıkar düşüncesiyle bu tecrübe kurallarına dayalı olarak kanun koyucunun kesin karineleri düzenlediği kanaatindedir. Bkz. Siegrist, **a.g.e.**, s. 240.

⁶³⁴ Tecrübe kuralı kanuni karineye sebebiyet verse bile bu karinenin içeriğini tam olarak düzenlemez. Bkz. Allner, **a.g.e.**, s. 57. Hak sujesinin zilyetliğinde bulunan eşyanın maliki tecrübe kurallarına göre genel olarak zilyet olduğundan kanun koyucu böyle bir karineyi düzenlemeyi uygun görmüş olabilir. Bkz. Siegrist, **a.g.e.**, s. 233. BGB §1362'de evdeki eşyalardan özel olarak kadına ait olduğu anlaşılamayan dışındakiler kocanın olduğu kabul edilmesinde, tecrübe kurallarının etkili olduğunu söyleyebiliriz. Bkz. Daenzer, **a.g.e.**, s. 44.

B. EMARE İSPATI

1. Emare Kavramı Ve Hukuki Niteliği

Hukuk kurallarının uygulanabilmesi için hukuk kuralının koşul vakıyası olan asıl vakıya (*Haupttatsache*)'nın ispatlanması gerekmektedir. Asıl vakıya ispat araçları olan delillerle doğrudan doğruya ispatlanabilirken, asıl vakıyayla bağlantılı olan yardımcı vakıaların (*Hilfstatsache*), yani emarelerin⁶³⁵, ispatlanmasıyla yoluyla dolaylı olarak da ispatlanabilir⁶³⁶.

Emare ispatı⁶³⁷ (*Indizienbeweis, Anzeichenbeweis*) uygulanacak normdaki koşul vakıyaya yabancı çevre vakıaların ispatlanması yoluyla hayat tecrübesi kurallarına dayanılarak, hukuki sonuç bakımından önem arz eden vakıanın ispatlanmasına ilişkin yürütülen faaliyettir. Emare vakıalar münferit olarak asıl vakıayı tek başına ispat edebilmeye gücü yeten vakıalar olmamakla birlikte, bu

⁶³⁵ (Çevrimiçi) <http://tdkterim.gov.tr/bts/>. Bir işle ilgili ipucu; bir eylemin yapılması olasılığını ortaya koyan ve fakat başlı başına bir delil nitelik ve kuvvetinde olmayan olgular; emare, diğer deliller tarafından desteklenmesi durumunda yargıç tarafından göz önüne alınabilir. Bkz. Yılmaz, **a.g.e.**, s. 326. “*Bozma kararında da aynı görüşün benimsendiği, ancak ‘mahkeme kararında belirtildiği gibi az da olsa emare olmakla beraber’ denilmek suretiyle, maddi yanılıya dayalı bir yazım karışıklığı olduğu açıktır. Zira emare, zaten kanıt düzeyine yükselmemiş belirtilerdir. Onun azı çoğu olmaz.*” HGK, 22.9.2004, E. 2004/4-360, K. 2004/431 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶³⁶ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 685; Yıldırım, **a.g.e.**, s. 121; Siegrist, **a.g.e.**, s. 206; ruhsal olaylar, amaç, iyiniyet, kötünuyet doğrudan ispat edilemediğinden emare ispatıyla bu hususlara ilişkin sonuç çıkarılabilir. Bkz. Larenz, **a.g.e.**, s. 305. İçsel vakıaların ispatı emare ispatının tipik uygulama alanıdır. Bkz. Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 309.

⁶³⁷ Emare ispatına dair bkz. Gottfried Baumgaertel, “Die Bedeutung der sog. ‘tatsaechlichen Vermutung’ im Zivilprozess-eine Analyse der Rechtsprechung”, **Festschrift für Karl Heinz Schwab**, München, 1992, s. 43-51, s. 308; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 685; Oğuz Atalay, “Emare İspatı”, **Manisa Barosu Dergisi**, Temmuz-Ekim, 1999, s. 9; Yıldırım, **a.g.e.**, s. 123, Schneider, **a.g.e.**, s. 100; Üstündağ, **Yargılama**, s. 621; Karslı, **Medeni Muhakeme**, s. 562; Siegrist, **a.g.e.**, s. 206; Blomeyer, **a.g.e.**, s. 383; Stein, Jonas, **a.g.e.**, s. 725; Guldener, **Zivil**, s. 319; Larenz, **a.g.e.**, s. 305; Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 327; Başözen, **a.g.e.**, s. 58 vd; Albayrak, **a.g.e.**, s. 45; Topuz, **a.g.e.**, s. 135. Emare ve karine kavramının karıştırıldığı ve birbiri yerine yanlış olarak kullanıldığı görülmektedir. Bkz. Siegrist, **a.g.e.**, s. 206. Hakimin zihnen yürüteceği muhakemeye esas olan olay emaredir. Emare müşahhas bir vakıya veya münasebet, karine ise emare ile iddianın arasında arasında zihnen münasebet kurulmasıdır. Tatbikatta ise emare ve karine aynı manaya alınmaktadır. Bkz. Belgesay, **Şerh**, s. 68. Yargıtay da bazı kararlarında emare ifadesi yerine karineyi kullanmaktadır “...*davalıların ayrıca kötünuyetinin ispatı gerekmez. Davalılar arasındaki temlik işleminin, davacının 25.02.2008 günlü sözleşmeyle kazandığı şahsi hakkını bertaraf etmek kastıyla yapıldığı, davalıların durumları ve karinelerle açık olduğundan...*” 14. HD., 18.3.2010, E. 2010/2103, K. 2010/2979 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). “*Gerçekten, çekişmeli taşınmazlarda 40 yıldan beri davalı ve miras bırakanlarının zilyet buldukları anlaşıldığına göre, bu olgu harici bir taksimin yapıldığına karine sayılabilir. Ancak, karine sayılan durumunda diğer deliller ile doğrulanması zorunludur.*” 1. HD., 21.3.1989, E. 1989/2037, K. 1989/3354 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

vakıaların bir araya gelmesi ve tecrübe kurallarının bu durumu desteklemesi sayesinde asıl vakıanın ispatlanması mümkün olabilmektedir.

Emare vakıalar, kendi başlarına karara esas alınmamakla beraber, ait oldukları olaya dair emare vakılardan çıkarılan sonuç karara esas alınmaktadır⁶³⁸. Asıl ispat edilmek istenen vakıaya yönelik emare sayısı arttıkça, bu vakıanın gerçekleşmiş olduğuna yönelik olasılık da artabilmektedir⁶³⁹.

Emare ispatına örnek olarak İİK m. 257'ye ilişkin bir Yargıtay kararı⁶⁴⁰ vermek istiyoruz. Söz konusu kararda taraflar boşanma anlaşmasıyla ayrılmışlar ve taraflardan biri diğerine 80.000 ABD doları ödeme taahhüdünde bulunmuştur. Ancak boşandıktan sonra 9 ay için ödenmesi gereken tutar ödenmeyince, karşı taraf ihtiyati haciz talebinde bulunmuştur. İhtiyati haczin haksızlığı iddiasına karşı Yargıtay, borcun kesin vadeye bağlanmamış olmasını, davacının borçlarını ve aracını satmasını, davalıda alacağını tahsil için kaygı uyandıracak emareler olarak kabul etmiş ve ihtiyati haczin haksız olmadığı sonucuna bu emarelerin ispatlanmasıyla karar vermiştir.

Emare vakıalar, kendilerinden uyumsuzluğa uygulanacak hukuk kuralının koşul vakıası hakkında ispatlandığına ilişkin sonuç çıkarılabilen vakıalar olduğundan; ispat aracı değil, ispat konusu olarak ele alınmalıdır⁶⁴¹. Emare ispatında münferit vakıaların ayrıntılı bir şekilde analizi söz konusudur. Bu münferit analizde ileri sürülen vakıaların taraflarca iddia ve ispat edilmeleri gerekir. Bu vakıalar tek

⁶³⁸ Larenz, **a.g.e.**, s. 305.

⁶³⁹ Larenz, **a.g.e.**, s. 306.

⁶⁴⁰ 4. HD, 29.4.2003, E. 2002/12643, K. 2003/5540 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Emare ispatına başka bir örnek, tanık davacıyı yargılamada tanımadığını söylüyor. Karşı taraf da tanık ile davacının arkadaş olduğunu ispat ediyor. Bu durum tanığın güvenilir olmadığına emare teşkil etmektedir. Bkz. BGH NJW 1992, 1899 Baumgaertel, **a.g.m.**, s. 311. Evinde yangın çıkan birinin, evini kısa bir süre önce yüksek meblağa sigorta ettirmiş olması, mali durumunun o sıralarda kötü olması ve yangın günü birkaç bidon benzin almış olması, evin sahibi tarafından yakıldığı kuşkusunu uyandıracaktır. Bkz. Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 685.

⁶⁴¹ Atalay, **a.g.m.**, s.10; Üstündağ, **Yargılama**, s. 620-621; Yıldırım, **a.g.e.**, s. 120-121; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 685; Başözen, **a.g.e.**, s. 58; Guldener, **Zivil**, s. 319. Plosz, emarelerin ispat aracı değil de hakiki ispat sebepleri olduklarını, diğer vakıalar gibi ispat edilmeleri gerektiğini, ayrıca ispat konusunu düzenlediklerinden ve iddia edilmediklerinde de tespit edilip nazara alınabileceklerini, bu yüzden de emarelerin mahkeme dışı ikrar, tanık beyanı gibi ispat sebepleri olduklarını ifade etmektedir. Bkz. Plosz, **a.g.m.**, s. 30, dn 27.

başlarına ispat faaliyeti açısından anlam ifade etmezken, diğer vakıalarla bir araya gelerek asıl vakıanın ispatlanmış olduğu sonucuna bizi götürmektedir.

Konuralp, emarenin ispat konusu değil de ispat aracı olduğunu ifade etmektedir⁶⁴². Yazar, emareyi, iddia edilen vakıayı emarenin temsili niteliği itibariyle ihtimal derecesinde gösteren veya kısmen doğrulayan ve bir iddianın doğruluğu konusunda kanaat uyandırmaya yarayan ispat aracı olarak kabul etmektedir.

2. Emarelerin İspat Faaliyetinde Kullanımı

Yargıtay'a göre emare ispatı, ispat kurallarının zorlanan sınırlarına yönelik hukukumuzda doğmuş ihtiyacın neticesinde ortaya çıkmıştır⁶⁴³. Gerçekten de emare ispatında doğrudan ispatın yapılmasının mümkün olmadığı ya da mümkün olmakla beraber oldukça zor olduğu durumların etkisinin olduğu görülmektedir. Emare ispatının yargılamada kullanılmasında mutlaka doğrudan ispatın mümkün olmaması yahut oldukça zor olması mı gerekmektedir yoksa böyle bir ispat zorluğunun olmasa da emare ispatı kullanılabilir mi hususu tartışılmaktadır.

Konuralp ve Taşpınar'a göre⁶⁴⁴ emare ispatı yoluna başvurabilmek, hukuk normunun uygulanması için ispat edilmesi gereken vakıanın doğrudan ispat edilebilecek nitelikte olmaması halinde mümkündür, yani söz konusu olgular her zaman şüpheli kalmak durumunda olan olgulardır. Çünkü emare ispatı neticesinde elde edilen ispat sonucu, asıl vakıaya dair sağlanmış tam bir ispat değildir. Doğrudan ispat faaliyetindeki tama yakın ispat kadar sağlıklı olmayan emare ispatına, asıl vakıaya ilişkin ispat zorluğu olmadıkça başvurmamak isabetli olacaktır.

⁶⁴² Konuralp emareyi delil olarak kabul etmesini, ceza muhakemesi hukuku açısından emare kavramını ele alarak desteklemektedir. Yazar temsili niteliği olduğu müddetçe emarenin delil olarak kabul edildiği ceza muhakemesi ile emarenin hukuki niteliği tartışmalı bir kavram olduğu medeni muhakeme açısından, emarenin kavramsal olarak farklı olmamasının gerektiğini ancak ispat değeri açısından fark olabileceğini belirtmiştir. Bkz. Haluk Konuralp, **İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 22, 29. Keser de makalesinde emareden delil olarak bahsetmektedir. Bkz. Keser, **a.g.m.**, s. 238.

⁶⁴³ 9.HD, T.27.2.2008, E.2007/9789, K. 2008/2664 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁴⁴ Konuralp, **İspat**, s. 29; Taşpınar, **a.g.m.**, s. 541. Aynı yönde bkz. Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 309.

Atalay'a göre⁶⁴⁵ ise, emare ispatının ispat imkansızlığı durumlarında uygulama alanı bulacağını kabul etmek isabetli değildir. İspat imkânsızlığı delil ikame konusundaki güçlüğü ifade eder, oysa ki, emare ispatında delil ikame imkânsızlığının bulunması zorunlu değildir. Doğrudan ispat mümkünse bu yola gidilmesi daha iyi olur. Ancak doğrudan ispat yoluna gitmek meşakkatli olacaksa emare ispatı yoluna gidilebilir. Nitekim ispat imkânsızlığı emare ispatının ön koşulu olamaz, emare ispatına ihtiyari olarak başvurulabilir.

Bizim kanaatimiz ispat imkansızlığının ya da güçlüğünün olması gerekmeden emare ispatına tarafların başvurabileceği yönündedir. Taraf her türlü delilini doğrudan ve dolaylı ispata ilişkin olarak- somutlaştırma yükünü yerine getirerek mahkemeye sunabilir. Bu delilleri ve vakıaları ele alarak hakimin, delilleri serbestçe değerlendirme yetkisi kapsamında, uygulanması gereken normun koşul vakiasının ispat edilmiş olup olmadığı sonucuna varabilmesi gerekmektedir. Ayrıca bazı hallerde emare ispatının neticesinde, hakim doğrudan ispattan daha fazla bir kanaate de sahip olabilir. Bu bakımdan biz de Atalay ve Yıldırım'ın kanaatini paylaşmaktayız.

Emare ispatında⁶⁴⁶ iki aşamalı ispat faaliyeti söz konusudur. Taraflar emareleri iddia ve ispat etmelidir. Emare vakıaların ispatlanmasının ardından bu

⁶⁴⁵ Atalay, **a.g.m.**, s. 11. Yıldırım da bir iddianın doğrudan önemli vakıa ile ispatlanmak yerine emare ile de ispat edileceğini belirtmektedir. Taraf doğrudan önemli vakıaları ve emare vakıaları birlikte ileri sürebilir veya sadece emareye dayanabilir. Doğrudan emare vakıaları ve emareleri birlikte ikame etmiş ise hakimin hepsini toplu olarak değerlendirmesi gerekmektedir. Bkz. Yıldırım, **a.g.e.**, s. 123.

⁶⁴⁶ Emare ispatına yönelik açıklamalar için bkz. Atalay, **a.g.m.**, s.10; Schneider, **a.g.e.**, s. 99; Başözen, **a.g.e.**, s. 58-59, 14.dn.; Allner, **a.g.e.**, s. 58. Schneider, münferit vakıaların incelenmesiyle emare ispatında asıl vakıanın ispatı gerçekleştiğinden, münferit vakıaların birbirlerine bağlantısı ne kadar azsa, o kadar fazla güvenilirliği haiz olduğunu ifade etmektedir. Nitekim birbirinden bağımsız vakıalar asıl vakıanın varlığına delalet ediyorsa burada daha kuvvetli bir inandırıcılık söz konusudur. Bkz. Schneider, **a.g.e.**, s. 100. Yıldırım da, keşif dışındaki delillerle yapılan ispat faaliyetini dolaylı ispat olarak kabul etmekte ve önce emare vakıa sonra da emare vakıa açısından asıl vakıa ispat edilerek iki defa dolaylı ispat yapıldığını belirtmektedir. Bkz. Yıldırım, **a.g.e.**, s. 121. HMK'da m 7/2, m. 38/2, m. 390/3, m. 97, m. 255, m. 272, m. 203, m. 400/2, m. 127, m. 147, m. 334 hükümlerinde kanun koyucu yaklaşık ispatı ispat ölçüsü olarak kabul etmiştir (her ne kadar kanun metninde açıkça yaklaşık ispat ifadesi yer almasa da, kanun koyucunun muradı bu durumlarda yaklaşık ispatın ispat ölçüsü olarak kullanılmasıdır). Yaklaşık ispat faaliyeti yapılırken emare ispatı kullanılabilir. Ancak belirtmek

vakıaların aracılığıyla hukuki sonuç için önemli olan emare sonucu ispatlanacaktır. Emare sonucuna ulaşıldığı takdirde emare vakıaların ispatıyla, ispat için önemli olan ancak hala belirsiz durumda bulunan vakıanın ispatı sağlanmış olacaktır. Bundan dolayı emarelerin ispatı asıl ispat konusu vakıanın ispatlanmış olması için yeterli değildir, delillerin değerlendirilmesi faaliyeti kapsamında tecrübe kurallarının yardımıyla hakimin emare sonucuna ulaşması gerekir. Emare sonucu, emare vakıalarının asıl ispatın konusunu oluşturan hukuki sonuç için önemli vakıanın gerçekleştiğini göstermeye yetip yetmeyeceklerine dair varılan sonuçtur. Emare ispatının uygulanabilmesi için koşul vakıaya dair çıkarılacak sonuçtan farklı olarak, ciddi anlamda başka bir sonucun çıkarılmaması gerekir.

Yargıtay'ın kararlarında emare ispatı önemli bir yere sahiptir. Kişilik haklarına aykırılığa ilişkin şikayette, şikayeti haklı gösterecek emarelerin bulunmasını Yargıtay yeterli kabul etmiş ve bu emarelerin bulunması durumunda şikayet hakkının kötüye kullanılmadığına karar vermiştir⁶⁴⁷. Yargıtay mahkeme dışı ikrarın bir delil olmadığını, emare olduğunu ve diğer delillerle veya emarelerle güçlendirilerek kullanılması gerektiğine karar vermiştir⁶⁴⁸. Senedin zıyınının⁶⁴⁹, tasarrufun iptali davasında borçlunun alacaklılarına zarar verme kastının ve

gereki ki, her emare ispatının olduğu durumda yaklaşık ispat ölçüsü söz konusu olmamaktadır. Bkz. Albayrak, **a.g.e.**, s. 44, 177 vd.

⁶⁴⁷ 4.HD., 9.3.2006, E.2005/3680, K.2006/2429; 3.HD., 30.11.2006, E.2006/16811, K. 2006/16625 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁴⁸ HGK E. 1997/2-416 K. 1997/593 T. 25.6.1997, HGK, E. 2008/12-25, K. 2008/3 T.23.1.2008 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Konuralp mahkeme dışı ikrarın diğer emarelerle desteklenmesinin gerekmesinin pek de mümkün olmadığını belirtmektedir. Çünkü mahkeme dışında ikrar söz konusuysa bu yazılı bir belge olarak mahkemeye sunulabileceği gibi tanıkla da böyle bir ikrarın söz konusu olduğu bildirebilir. Ancak fren izi gibi bir emareyle mahkeme dışı ikrarın ileri sürülmesi mümkün görülmemektedir. Bkz. Konuralp, **a.g.e.**, s. 26. Mahkeme dışı ikrara ilişkin 1086 sayılı HUMK'un 236. maddenin 4. fıkrasında "*Mahkeme haricindeki ikrarı teyit edecek delail ve emare mevcut ise hakim buna binaen hüküm verebilir*" düzenlemesi yer almaktaydı, ancak düzenleme 6100 sayılı HMK'ya alınmamıştır. Mahkeme dışı ikrarın HMK'ya alınmamasının sebebi mahkeme dışında yapılan ikrarın tek başına bir delil olmadığı, diğer delillerle ispatlandığı takdirde mahkeme tarafından dikkate alınabilmesi olarak belirtilmiştir. Mahkeme dışı ikrar bir senede bağlandığı takdirde, ikrardan değil, ikrarı içeren senetten bahsedilebilir. Bkz. Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 652. Karşı, Koç, Konuralp mahkeme dışı ikrar bir ses kaydıyla doğrulanırsa bu ikrarın hukuki mahiyeti ne olacaktır sorusuna, mahkeme dışı ikrarın bu durumda bir takdiri delil olacağını cevap olarak vermektedirler. HUMK m. 236/4'ün HMK'ya alınmasının doğru olmadığını ancak bu düzenlemenin HMK döneminde de uygulanabileceğini ifade etmektedirler. Bkz. Abdurrahim Karşı, Evren Koç, Cengiz Serhat Konuralp, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemler Konular**, İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2014, s. 101.

⁶⁴⁹ 11. HD, 28.9.2006, E. 2005/8947, K. 2006/9458 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

borçlunun mali durumunun işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesi gerektiğinin⁶⁵⁰, kooperatif ortaklarının genel kurulu toplantıya çağırırken gerektirici sebeplerin ispatında⁶⁵¹ da emare ispatı yoluyla ispatın gerçekleştirileceğine dair Yargıtay'ın kararları bulunmaktadır.

C. İLK GÖRÜNÜŞ İSPATI

1. Kavram Ve Hukuki Niteliği

İlk görünüş ispatı⁶⁵² (*Anscheinbeweis, Prima Facie Beweis*), Türk ve Alman Kanunlarında düzenlenmiş bir müessese değildir. Alman yargı kararlarıyla ispatın kolaylaştırılması amacıyla oluşturulmuş bir müessese olan ilk görünüş ispatı Türk Hukukunda da müessese olarak mevcuttur⁶⁵³. Fransa, Hollanda, İsviçre ve İsveç'te ilk görünüş ispatı açık olarak kabul edilmemekte, fiili karine kavramı altında ya da emare ispatı yoluyla tecrübe kurallarının değerlendirilmesi yapılarak ilk görünüş ispatının yeri doldurulmaya çalışılmaktadır⁶⁵⁴.

İlk görünüş ispatı, tipik hayat olaylarından ve yaşam kurallarından faydalanılarak, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi kapsamında olayların ilk

⁶⁵⁰ 15. HD., 14.6.2005, E. 2005/1068, K. 2005/3563 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁵¹ 23. HD., 6.2.2012, E. 2011/2658, K. 2012/719 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁵² Prima faice ilk bakışta; dış görünüşü ile, ilk görünen anlamlarına, prima facie delil ise delil benzeri, görünüşte delil; tam bir delil olmamakla birlikte diğer delillerle tamamlanabilen ve bu yolla ispat aracı olabilen delil; kesin olmayan karine; aksi ispat edilmedikçe iddiayı ispata yeter ve geçerli delil anlamına gelmektedir. Bkz. Yılmaz, **a.g.e.**, s. 1004. Anglo Amerikan hukukundaki prima facie evidence ilk görünüş ispatıyla aynı kavramı karşılamamakta, bu hukuk sistemindeki "res ipsa loquitur" ilk görünüş ispatını karşılamaktadır. Anglo Amerikan hukukundaki prima facie evidence emarelerle ispat (circumstantial evidence) ve fiili karineyi karşılamaktadır. Bkz. Başözen, **a.g.e.**, s. 21, dn. 49.

⁶⁵³ İlk görünüş ispatı Alman hukukunda yaklaşık yüz yıldan fazla bir uygulama geçmişine sahiptir. Bkz. Başözen, **a.g.e.**, s. 56, 183. ZPO ile ilga edilen fiili karineye dayanan bir yüksek mahkeme kararıyla geliştirildiği ifade edilmektedir. Bkz. Taşpınar, **a.g.m.**, s. 541. Yeşilova, Lahey kurallarının m. 3(4) hükmünde, taşıyanın taşımak üzere teslim aldığı yükün içeriğine yönelik olarak konişmentonun, prima facie evidence olarak ele alınmasına rağmen, bu maddenin Türkçe tercümesinde ilk görünüş delili olarak değil de karine olarak ifade edildiğini ve çeviride yapılan bu hatanın yerinde olduğu kanaatindedir. Blz. Ecehan Yeşilova, **Konışmentonun İspat Kuvveti**, İzmir, Güncel Yayınevi, 2006, s. 104.

⁶⁵⁴ Musielak, **Beweislast**, s. 102.

görünüş haline bakılarak yapılan bir ispat faaliyetidir⁶⁵⁵. İlk görünüş ispatı olayların tipik akışı durumunda uygulanmakta ve ispat yükünü taşıyan tarafın, sadece genel yaşam deneyimlerinin kendisine bir sonuç bağladığı vakıyı ispat etmesi gerekmektedir⁶⁵⁶.

İspat güçlüğü, ispatsızlık riskinin bulunduğu durumlarda uygulama alanı bulan ilk görünüş ispatıyla, delil gösterme faaliyeti kolaylaştırılıp gerekli ispat ölçüsüne ulaşılarak, hakimde ispatın gerçekleştiğine dair kanaat oluşturulması söz konusu olmaktadır⁶⁵⁷. İlk görünüş ispatı delil değildir, hakimin delilleri değerlendirme aşamasında somut olaya ilişkin kanaate varabilmek için tecrübe kurallarına dayanarak kullandığı bir yoldur⁶⁵⁸.

İlk görünüş ispatı ispat yükünü değiştirmez, yeni bir ispat yükü kuralı oluşturmaz⁶⁵⁹. Keza ispat yükünün dağılımının değişmesi, ispat yükünü belirleyen hukuk kuralının değişmesiyle mümkün olabilecektir. Bu yüzden ilk görünüş ispatının ispat yükünün paylaşılmasında ve kim ispatlamalı sorusunun yanıtında bir önemi yoktur. İlk görünüş ispatının objektif ispat yükü kurallarını etkilemediğini, bu ispatın yapılmasının ardından subjektif ispat yükü olan delil ikame yükünün karşı tarafa geçtiğini söyleyebiliriz⁶⁶⁰.

⁶⁵⁵ Başözen, **a.g.e.**, s. 55 vd.; Rosenberg, Schwab, Gottwald, **a.g.e.**, s. 638-641; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 687 vd.; Keser, **a.g.m.**, s.231; Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 258 vd.; Prütting, **a.g.e.**, s. 83; Musielak, **Beweislast**, s. 96; Yeşilova, **a.g.e.**, s. 100; Karşlı, **Medeni Muhakeme**, s. 562; Yıldırım, **a.g.e.**, s. 124. Keser, hakimin önce ilk görünüş ispatını daha sonra da diğer delilleri takdir etmesi gerektiğini ve ilk görünüş ispatının ZPO § 286'ya göre delillerin değerlendirilmesi prosedürü ile ZPO § 287'ye göre serbest kanaate göre yapılacak takdir arasında yer alan bir kurum olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Keser, **a.g.m.**, s. 23, 248.

⁶⁵⁶ Başözen, **a.g.e.**, s. 148; Yeşilova, **a.g.e.**, s. 102.

⁶⁵⁷ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 125; ilk görünüş ispatının ispat zorluklarını aşmak için meydana geldiğine dair şüphe yoktur Musielak, **Beweislast**, s. 97. Keser ilk görünüş ispatının ispat hukuku müessesesi olmakla birlikte maddi hukukla da bağlantısı olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Keser, **a.g.m.**, s. 232. İlk görünüş ispatının maddi hukuk kuralları ile ilişkisine yönelik tartışmalar açısından bkz. Başözen, **a.g.e.**, s. 104 vd.

⁶⁵⁸ Keser, **a.g.m.**, s. 234; Rosenberg, Schwab, Gottwald, **a.g.e.**, s. 646; Musielak, **Beweislast**, s. 95. Yeşilova ilk görünüş ispatının etkisinin kendiliğinden doğması açısından yasal karineye benzediğini ileri sürmektedir. Bkz. Yeşilova, **a.g.e.**, s. 103.

⁶⁵⁹ Keser, **a.g.m.**, s. 243; Yeşilova, **a.g.e.**, s. 102. Musielak, **Beweislast**, s. 98-99,111. Delillerin değerlendirilmesi aşamasıyla ilgili olan ilk görünüş ispatı lex fori ilkesi kapsamında hakimin hukukunun uygulanacağı alan içerisinde yer alır. Bkz. Başözen, **a.g.e.**, s. 51.

⁶⁶⁰ Başözen, **a.g.e.**, s. 102.

2. İlk Görünüş İspatının Uygulama Alanı

İlk görünüş ispatında olayların sürekli oluş biçiminden somut olayın da böyle olduğu, somut olayın açıklanmayan şartları tümüyle incelenmeden, ispatlanmak istenen duruma ilişkin sonuç çıkarılır⁶⁶¹. Bu sonucun çıkarılabilmesi için de vakıa iddiasının gerçek olduğuna dair hakimın iknasını sağlayabilecek düzeyde tecrübe kuralıyla somut olay arasında zorunlu uyumun sağlanması gerekir⁶⁶². Bu uyumun sağlanacağı somut olay ise ilk görünüş ispatının uygulanabilmesi için gerekli olan tipik hayat olayı (*typischer Geschehensablauf*) yani belirli bir sebebe dayalı olaydır⁶⁶³.

İlk görünüş ispatının ana uygulama alanını kusurun ve nedensellik bağının ispatı oluşturmaktadır⁶⁶⁴. Kusur ve illiyet bağı dışındaki diğer hallerde de ilk görünüş ispatının uygulanması mümkündür⁶⁶⁵. İlk görünüş ispatında, sorumluluk doğuracak nitelikteki davranışla zarar arasında bir nedensellik bağının kurulamadığı veya kusurun normal şartlarda tespit edilemediği durumlarda, hakimın yüksek derecede güvenilebilecek tecrübe kurallarına dayalı olarak nedensellik bağına veya kusuru “somut olayda da böyle olmuştur” düşüncesiyle tespit etmesi söz konusudur⁶⁶⁶. Nihayetinde olayların tipik şekillenmesi neticesinde münferit durumların tek tek değerlendirilmesi yerine, hakime somut olayda tecrübe kuralını doğrudan uygulama imkanı sağlanmakta ve vakıa böylece ispatlanmış olmaktadır⁶⁶⁷.

⁶⁶¹ Başözen, **a.g.e.**, s. 60; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 687.

⁶⁶² Prütting, **a.g.e.**, s. 96.

⁶⁶³ Keser, **a.g.m.**, s. 233; Başözen, **a.g.e.**, s. 182; Albayrak, **a.g.e.**, s. 37; Stein, Jonas, **a.g.e.**, s. 725.

⁶⁶⁴ Başözen, **a.g.e.**, s. 182; Keser, **a.g.e.**, s. 233; Üstündağ, **Yargılama**, s. 622; Taşpınar, **a.g.m.**, s. 542; Schneider, **a.g.e.**, s. 94; Albayrak, **a.g.e.**, s. 57; Rosenberg, Schwab, Gottwald, **a.g.e.**, s. 639.

⁶⁶⁵ Prütting, **a.g.e.**, s. 128; Rosenberg, Schwab, Gottwald, **a.g.e.**, s. 639. Emare ispatı ile ilk görünüş ispatının farklı kavramlar olduğu ifade edilirken ilk görünüş ispatının tipik hayat olaylarının ispatında söz konusu olurken emare ispatının atipik nedensellik bağlarının ispatında da söz konusu olacağı belirtilmektedir. Bkz. Keser, **a.g.m.**, s. 237.

⁶⁶⁶ Başözen, **a.g.e.**, s. 184; Taşpınar, **a.g.m.**, s. 542; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 687-688; Üstündağ, **Yargılama**, s. 622.

⁶⁶⁷ Prütting, **a.g.e.**, s. 87.

İlk görünüş ispatının çürütülmesi karşı ispat faaliyeti neticesinde mümkün olabilecektir⁶⁶⁸. Karşı taraf tecrübe kuralının olaya uygun olmadığını, tecrübe kuralının olayın ispatında yeterli güce sahip olmadığını ya da tecrübe kuralına dayalı olarak ispat edilen tipik olaydan başka bir olayın da mümkün olabileceğini ispat ederek ilk görünüş ispatının uygulanmasına engel olabilir⁶⁶⁹. Keza, tek bir tecrübe kuralından birden fazla sonuç çıkarılabilir ve çıkarılan bu sonuçlardan bir başkasının uygulanması söz konusu olabilir⁶⁷⁰. Tabii bu halde ilk görünüş ispatı lehine olan tarafın yapması gereken, tecrübe kuralının olaya uygulanması sonucunda çıkan kendi lehine sonucun, tecrübe kuralıyla bağlantısını ispat etmek ve bu sonucun uygulanmasını sağlamaktır⁶⁷¹. Bu ispat faaliyetinin ise diğer çıkabilecek sonuçların mümkün olma durumunu bertaraf etmesi gerekir⁶⁷².

Alkollü araç kullanımında, emniyet kemerinin takılmaması, koruyucu başlık takılmaması, ameliyattan sonra ameliyat edilen yerde yabancı cisim bulunması gibi durumlarda nedensellik bağının ve kusurun ispatında ilk görünüş ispatı yoluyla karar verilmesi mümkündür⁶⁷³. Bir aracın ağaca çarpması halinde şoförün kusurlu olduğu veya otobanda otomobilin yaya çarpması halinde yayanın kusurlu olduğu ilk görünüş ispatıyla kabul edilen durumlardır⁶⁷⁴. Trene mal nakli sırasında gecikme veya kayıplarda demiryolu personelinin kusurlu bulunması, zamanında kapatılmış demiryolu geçidine rağmen kazaya uğrayanın kusurlu görülmesi de ilk görünüş ispatına örnek teşkil edebilecek hallerdir⁶⁷⁵.

⁶⁶⁸ Rosenberg, Schwab, Gotwald, **a.g.e.**, s. 641; Stein, Jonas, **a.g.e.**, s. 729; Atalay, **a.g.m.**, s. 103; Yıldırım, **a.g.e.**, s. 135-136; Başözen, **a.g.e.**, s. 175 vd.; Keser, **a.g.m.**, s. 233.

⁶⁶⁹ Keser, **a.g.m.**, s. 233; Yeşilova, **a.g.e.**, s. 102; Başözen, **a.g.e.**, s. 177.

⁶⁷⁰ Schneider, **a.g.e.**, s. 95-96.

⁶⁷¹ Schneider, **a.g.e.**, s. 95-96.

⁶⁷² Schneider, **a.g.e.**, s. 95-96.

⁶⁷³ Keser, **a.g.m.**, s. 244-247'te anılan kararlar.

⁶⁷⁴ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 688.

⁶⁷⁵ Üstündağ, **Yargılama**, s. 623.

D. İLK GÖRÜNÜŞ İSPATIYLA EMARE İSPATININ KARŞILAŞTIRILMASI

1. Vakıaların İncelenmesine Ve Tecrübe Kurallarının Kuvvetine Yönelik Farklılık

Hem ilk görünüş ispatında hem de emare ispatında, tecrübe kuralları yardımıyla, hukuk normunun uygulanması için gerekli olan vakıanın ispatlanmasına yönelik yapılan bir faaliyet söz konusudur. Her iki ispat türü kullanılan tecrübe kurallarının gücü bakımından birbirinden ayrılmakla birlikte, değerlendirilen vakıalar açısından da farklılık taşımaktadır⁶⁷⁶. Emare ispatında vakıa unsurlarının tümü yani bireysel durumlar bir araya getirilerek tecrübe kuralları aracılığıyla asıl vakıanın gerçekleşmiş olduğu sonucuna varılır. İlk görünüş ispatında ise güvenilirliği yüksek tecrübe kurallarına dayanarak yan vakıaların hepsinin incelenmesine gerek olmaksızın toplu bir değerlendirme ile asıl vakıanın tespiti yapılır. Böylelikle asıl meselenin açıklanmasındaki boşluk uygulanan tecrübe kuralının gücünden dolayı kabullenilir. Bu cümleden olarak, ilk görünüş ispatında münferit vakıalar incelemeye tabi tutulmadan kuvvetli tecrübe kuralları somut olaya doğrudan uygulanmaktayken, emare ispatında bu kadar kuvvetli tecrübe kurallarına ihtiyaç duyulmamakta ve bu tecrübe kurallarından yardım alınarak münferit vakıaların incelenmesi neticesinde asıl vakıaya ulaşılmaktadır.

⁶⁷⁶ İlk görünüş ispatı ve emare ispatı farkına ilişkin bu paragrafta yapılan açıklamalara dair bkz. Başözen, **a.g.e.**, s. 60- 64; Rosenberg, **a.g.e.**, s. 184; Stein, Jonas, **a.g.e.**, s. 726; Keser, **a.g.m.**, s. 237; Yıldırım, **a.g.e.**, s. 61; Prütting, **a.g.e.**, s. 87-88; Allner, **a.g.e.**, s. 65; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 687-688; Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 345. İlk görünüş ispatında olayların hayatın tipik akışından somut olayın da bu şekilde olduğu somut olay ayrıntılı incelenmeden çıkarılırken emare ispatında somut olaya ilişkin yabancı vakıalar olan emarelerin tek tek incelenmesi söz konusudur. Ancak her zaman bu kuralın bu şekilde işlemediğini söyleyebiliriz. İlk görünüş ispatı sınırlı olaylar bakımından bireysel olaylara da uygulanabilir Aids, Çatı Yangını II ve Midye Olayı için bkz. Başözen, **a.g.e.**, s. 60-61. Schneider, emare ispatının somut sebeplere dayandığından daha yüksek bir olasılığın temelinde yer aldığını ancak ilk görünüş ispatının soyut sebeplere ve düzenli kabullere bağlı olduğunu ifade etmektedir. Bu yüzden de emare ispatını ZPO § 286'nın uygulama alanına tabi görürken ilk görünüş ispatını ZPO § 287'yle bağlantılı kabul etmiştir. Bkz. Schneider, **a.g.e.**, s. 100. Musielak ilk görünüş ispatının sadece en güçlü tecrübe kuralı kategorisi olan deneyim kuralları (*Erfahrungsgrundsätzen*)'nin mevcut olması durumunda söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Bkz. Musielak, **Beweislast**, s. 111.

2. Tipiklik Unsuru

İlk görünüş ispatında tipik hayat akışı gerekli iken, emare ispatında bu şekilde bir tipiklik gerekmez ve ispat edilen şartlarla atipik koşullarda dahi ispat edilmek istenen vakıa ispat edilebilir⁶⁷⁷. Tipik bir olayın varlığı, ilk bakışta vakıaya dair sonuç çıkarılması için gereklidir. İlk görünüş ispatında tipik hayat olayının unsurlarının bulunmasından hareket edilerek somut olayda da aynı sonuca ulaşılması söz konusudur⁶⁷⁸. Bu bakımdan emare ispatında gerekli olmayan tipiklik unsuru, ilk görünüş ispatında gerekli bir unsurdur.

3. İspat Ölçüsü

İlk görünüş ispatıyla emare ispat arasında ispat ölçüsünün azaltılması açısından fark olup olmadığı ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ilk görünüş ispatı delil ikamesini kolaylaştırırken ispat ölçüsünü azaltmaktayken, emare ispatında delil ayrıntılarının asıl olayın ispatı için irdelenmesi gerekmektedir ve bu yüzden ispat ölçüsünü azaltma etkisi bulunmamaktadır⁶⁷⁹. Bir başka görüş ise, illiyet bağının ispatında ilk görünüş ispatı ispat ölçüsünü azaltsa da, kural olarak hukuk normuna göre ispat ölçüsünün azaltılması mümkün olduğundan, ilk görünüş ispatının genel anlamda ispat ölçüsünü azaltması söz konusu olamaz yönündedir⁶⁸⁰. Diğer görüş ise, ispat ölçüsü hukuk normunda belirlendiğinden, ispat türü olaya uygulanırken ispat ölçüsünün düşürülmesinin mümkün olmayacağı yönündedir⁶⁸¹.

⁶⁷⁷ Schneider, **a.g.e.**, s. 94; Keser, **a.g.m.**, s. 237; Başözen, **a.g.e.**, s. 148 vd.; Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 316; Stein, Jonas, **a.g.e.**, s. 725.

⁶⁷⁸ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 688.

⁶⁷⁹ Keser, **a.g.m.**, s. 237, 240; Yıldırım da ispat ölçüsünün bir kanaat tesis edilmesini hedef aldığından elastiki olması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Yıldırım, **a.g.e.**, s. 137; Başözen, **a.g.e.**, s. 62-63. Albayrak hem ilk görünüş ispatında hem de emare ispatında ispat ölçüsünün düşürüldüğünü ifade etmektedir. Ancak, hakimde oluşan kanaatin tam kanaat olduğunu, ispat ölçüsünün düşürülmesinin yaklaşık ispat yapıldığı anlamına gelmediğini eklemektedir. Bkz. Albayrak, **a.g.e.**, s. 39-44.

⁶⁸⁰ Musielak, **Beweislast**, s. 110; Keser, **a.g.m.**, s. 235; Başözen de ilk görünüş ispatının genel olarak ispat ölçüsüne etkisinin bulunmadığını, maddi hukuka göre ispat ölçüsünü azaltmadığını, kural ispat ölçüsünün düşürmediğini, ancak nedensellik bağının ispatındaki zorluklar nedeniyle ispat ölçüsünün düşürülmesinin mümkün olduğu kanaatindedir. Nedensellik bağında ispat ölçüsünün düşürülmesinde salt ilk görünüş ispatının etkisinin bulunmadığını ifade etmektedir. Bkz. Başözen, **a.g.e.**, s. 143-147.

⁶⁸¹ Schneider, **a.g.e.**, s. 100; Prütting, **a.g.e.**, s. 110. Musielak'a göre, muhtemel ispat ölçüsü azaltılmasının her zaman normatif olduğunu ve ilk görünüş ispatı aracılığıyla değil de, maddi hukukun

Emare ispatında ve ilk görünüş ispatında ispat ölçüsünün azaltılıp azaltılmadığı bu kurumların ispat kolaylıkları olmasıyla ve ispat ölçüsünün kanunla belirlenmesi noktasında ele alınmalıdır. Alman Federal Mahkemesinin kararlarında ispat kolaylığının sağlanması için ispat ölçüsünün düşürülmesine karar verildiğini görmekteyiz⁶⁸². İspat ölçüsü, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralıyla belirlenmektedir ve kural tam ispatın sağlanmasıdır⁶⁸³. Yaklaşık ispatın mümkün olduğu durumları ise kanun açıkça düzenlemiştir. Bundan dolayı somut olayda ispat ölçüsünün yaklaşık ispat olmasına hakim karar verememektedir⁶⁸⁴. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, tam ispat durumunda hakim kesin olarak ikna edilemeyebilir. Senetle ispat edilen bir vakiya dair tam ispat yapılmış olabilir. Ancak senetle ispat edilmemiş bir durumda hakim kesin ikna olamamış olsa da, vicdani kanaatine göre bir karara varması gerekebilir. Yani kesin olarak ispat edilmiş olmayan bir vakıya, yüksek ihtimal (*hohe Wahrscheinlichkeit*), kesinlik sınırında ihtimal (*an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit*) derecesinde ispat edilebilir. İspat kolaylıklarında hakim kesin ispat derecesinde ikna olamamış olsa bile kesinlik sınırından biraz daha alt derecelerde ikna olarak vicdani kanaat elde etmiş olabilir. Kaldı ki, bazı durumlarda dolaylı ispat doğrudan ispat derecesinde bir kesinlik bile ifade edebilir⁶⁸⁵. Dolayısıyla, ilk görünüş ispatında ve emare ispatında ispat ölçüsü

amacı ve anlamı aracılığıyla gerekçelendirilebileceğini ifade etmiştir. Nihayetinde illiyet bağının ispatı için kural ispat ölçüsü azaltıldığında basit tecrübe kuralları ilk görünüş ispatı için kullanılabilir. Bkz. Musielak, **Beweislast**, s. 111. Atalay, ispat türünün hukuk normunda aranan ispat ölçüsünü değiştirmeye elverişli olmadığını ifade ettikten sonra, kusur ve nedensellik bağının ispatında hakimin tam kanaate sahip olması gerektiği için ilk görünüş ispatının ispat ölçüsünü düşürmeyeceğini ancak tam ispatın gerekli olduğu durumlarda hakimin emare ispatıyla yetinemeyeceğini ifade etmiştir. Çünkü, emare ispatında çekişmeli vakıanın aydınlatılması tam olarak mümkün olmadığından hakim kural olarak tam kesinliğe ulaşamaz ve emare ispatında ispat ölçüsünün düşük olması gerekmektedir. Bkz. Atalay, **a.g.m.**, s. 16.

⁶⁸² BGH NJW 1988, 2303-2304. Mahkeme hekimin sorumluluğunda ispat kolaylığının sağlanması amacıyla ispat yükünün yer değiştireceği yönünde de karar vermektedir bkz. BGH NJW 1983, 333.

⁶⁸³ İspat ölçüsüne dair bkz. I. Bölüm: İspat Ölçüsü

⁶⁸⁴ İspat zorluğu durumunda ZPO §287 'ya göre ya da hakimin somut olayda hukuk yaratmasıyla (ilk görünüş ispatında illiyet bağının ispatı) ispat ölçüsü azaltılabilir. Bkz. Rosenberg, Schwab, Gottwald, **a.g.e.**, s. 653.

⁶⁸⁵ Belli bir saatte bir yerde bulunmadığının ispatının, o saatte başka bir yerde bulunduğunun ispatıyla sağlanması.

düşürülerek, yaklaşık ispat derecesinde bir ispat faaliyeti yapılmamaktadır⁶⁸⁶. Ancak emare ispatı ve ilk görünüş ispatında, hakim vicdani kanaatini oluşturmak için daha düşük ispat ölçüsü ile yetinebilir. İspatın çok zor yahut imkansız olduğu bir durumda ispat ölçüsü düşürüldüğünde, ilk görünüş ispatı ya da emare ispatıyla da asıl vakıa ispatlanabilmektedir.

4. Karşılaştırmanın Sonucu

Her ne kadar tecrübe kurallarının kullanımı, olaya etkisi, vakıaların analizi açısından farklılıklar olsa da ilk görünüş ispatı emare ispatının bir türüdür⁶⁸⁷. Çünkü her iki ispat türünde de, tecrübe kurallarından faydalanılarak ispatlanmak istenen asıl vakıaya ulaşılmaya çalışılmaktadır. Bir veya birden fazla vakıanın, kuvvetleri farklı derecelerde tecrübe kuralları ile dolaylı ispata konu olması söz konusudur. Dolaylı ispat yollarından emare ispatı ve aşağıda inceleyecek olduğumuz fiili karinelerin varlığından dolayı, kanaatimizce, ilk görünüş ispatının hukuk sistemimizde uygulanmaması bir eksiklik oluşturmamaktadır⁶⁸⁸.

C. FİİLİ KARINELER

1. Kavram

Fiili karineler⁶⁸⁹ (*tatsaechliche Vermutung*), bir hukuk kuralına dayanmaksızın, hakimde delillerin değerine veya tarafların ileri sürdüğü vakıaların

⁶⁸⁶ Yaklaşık ispat durumunda hiçbir zaman taraflar arasındaki subjektif hak uyuşmazlığı sona erdirilmez, halbuki ilk görünüş ispatı ve emare ispatı neticesinde verilen karar taraflar arasındaki subjektif hak uyuşmazlığını sona erdirebilir. Bkz. Albayrak, **a.g.e.**, s. 42.

⁶⁸⁷ Aynı yönde bkz. Başözen, **a.g.e.**, s. 61; Keser, **a.g.m.**, s. 238. Prütting, **a.g.e.**, s. 130; Üstündağ, **Yargılama**, s. 622; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 688-689; Rosenberg, Schwab, Gottwald, **a.g.e.**, s. 639; Allner, **a.g.e.**, s. 65; Stein, Jonas, **a.g.e.**, s. 725; Yıldırım, **a.g.e.**, s. 138. Taşpınar ilk görünüş ispatının fiili karinenin bir uygulaması olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Taşpınar, **a.g.m.**, s. 564.

⁶⁸⁸ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 687.

⁶⁸⁹ Fiili karinelere yönelik tanımlar için bkz. Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 660; Atalay, **a.g.m.**, s. 14; Edis, **a.g.e.**, s. 372-373; Siegrist, **a.g.e.**, s. 207; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 526; Karlı, **Medeni Muhakeme**, s. 559; Taşpınar, **a.g.m.**, s. 536; Rüegg, **a.g.e.**, s. 16-17; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 305; Önen, **a.g.e.**, s. 205; Zöllner, **a.g.e.**, s. 980; Anzinger, **a.g.e.**, s. 134, Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 16-17; Serozan, **a.g.e.**, s. 15; Topuz, **a.g.e.**, s. 121; Stein, Jonas, **a.g.e.**, s. 790; Kummer, Art 8, N. 362; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 166; Başözen, **a.g.e.**, s. 74; Baumgaertel, **a.g.m.**, s. 43; Guggenbühl, **a.g.e.**, s.16;

doğruluğuna ilişkin, delillerin değerlendirilmesi aşamasında, tecrübe kurallarına dayanarak kanaat uyandırmaya yarayan kurallar, değer yargıları olarak tanımlanabilir. Yine fiili karine, bilinen vakıyalardan bilinmeyen vakıyalara dair, kanun tarafından değil hakim tarafından, tecrübe kurallarına dayanılarak, çıkarılan sonuçlar olarak da ifade edilebilir.

Fiili karinelerin, gerçekte hukukla bir ilgisi bulunmamakla beraber⁶⁹⁰, fiili karinelere hukuk düzeninde yer verilmesinin amacı, ispat zorluğu durumunda, ispat yükü üzerinde olan tarafa ispat kolaylığının sağlanmasıdır⁶⁹¹.

Fiili karinelere ilişkin bir düzenleme ne Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzda ne de İsviçre ve Alman Medeni Usul Kanununda yer almaktadır⁶⁹². Bu bakımdan karineden bahsedildiğinde genelde kanuni karine kastedilmektedir⁶⁹³. Fiili karinelerin kanun tarafından düzenlenmemeleri ve kavramsal olarak net bir alanı haiz olmamalarından dolayı, bu karinelerin hukuk düzeninde yer almalarının gerekliliğine dair tartışmalar yapılmaktadır⁶⁹⁴.

Karlı, **Medeni Muhakeme**, s. 559; Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 374; Kuru, **Usul**, s. 2006; Kuru, **El Kitabı**, s. 419; Allner, **a.g.e.**, s. 65; Guldener, **Zivil**, s. 322; Kuhn, **a.g.e.**, s. 101; Gierk, **a.g.e.**, s. 14. Fiili karineler delillerin değerlendirilmesi aşamasında nazara alındıklarından, bu kurallar ispat hukukuna, yargılama hukukuna ait kurallardır. Bkz. Daenzer, **a.g.e.**, s. 6.

⁶⁹⁰ Fiili karineler günlük konuşmanın kullanıldığı günlük hayatın karinesidir. Bkz. Rüegg, **a.g.e.**, s. 16.

⁶⁹¹ Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 330; Topuz, **a.g.e.**, s. 127.

⁶⁹² ZPO § 292'nin fiili karineler için uygulanmayacağına dair bkz. Hans-Joachim Musielak, "Die sog. tatsächliche Vermutung", **JA**, 8-9/2010, s. 561. Fransız Medeni Kanununda fiili karinelere ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Madde 1353'e göre: "Kanunun tasrih etmediği karineler hakim takdir ve basiretine bırakılmıştır. Hakim ancak kuvvetli, sarıh ve birbirini tutan karineleri hukuki muameleye hile hud'a sebebiyle itiraz edilmesi hali müstesna olmak üzere şehadetin mümkün olduğu hallere münhasır olmak şartıyla kabul edecektir." M.P. Fabreguettes: **Adalet Mantiği ve Hüküm Verme Sanatı**, (Adalet Bakanlığı Çevirisi), Ankara, Yeni Cezaevi, 1945, s. 169; Taşpınar, **a.g.m.**, s. 537.

⁶⁹³ Musielak, **Beweislast**, s. 48

⁶⁹⁴ Musielak, fiili karinelerin nasıl kapsama alanı olduğu ve hangi hukuki niteliğe sahip olduğu açık olmadığından dolayı net bir kavram olmadığını ve çoğu yargılama kitabında yer almadığını ifade etmektedir. Bkz. Musielak, **Grundlage**, s. 50. Fiili karinenin Almanca karşılığı olan tatsächliche Vermutung ifadesi *Tatsachenvermutung*-olay karinesi ile karışıklığa sebep olabileceğinden, Guggenbühl fiili karineler için farklı kavramlar kullanılarak karışıklığın aşılması gerektiğini savunmaktadır. Yazar, fiili karine kavramı yerine "*Natürliche Vermutungen* (Doğal karineler), *richterliche Vermutungen* (Kazai karineler), *Erfahrungsvermutungen* (Tecrübe Karineleri)" kavramlarını önermektedir. Bkz. Guggenbühl, **a.g.e.**, s.16, dn. 52.

Atalay⁶⁹⁵, fiili karine ile ispat kavramını, kanuni karine kavramı ile karışıklığa yol açacağından tek başına bir ispat kavramı olarak kabul etmemektedir. Fiili karinelerin emare vakıalardan hareket etmelerinden ve emare zincirine ihtiyaç duymamalarından dolayı bir tür emare ispatı olduklarını ve Alman hukukunda geliştirilen ilk görünüş ispatına denk düştüğünü ifade etmektedir. Yazar, emare vakıa ve bu vakıanın bağlantılı olduğu tecrübe kuralı kuvvetli ise kuvvetli emare ispatı, emare vakıa ve onunla ilgili tecrübe kuralı zayıf ise basit emare ispatının varlığını kabul etmektedir.

Anzinger⁶⁹⁶ de fiili karinelerin, bir tecrübe kuralının soyut tasvirinden dolayı, emare ispatı kapsamında nazara alınabileceğini ve bu bağlamda fiili karinelerin belli hayat akışını gösteren basit tecrübe kuralları olduklarını ifade etmektedir. Anzinger ayrıca fiili karine kavramının gizemli bir kavram (*Kryptobegriff*) olmadığını ve sonuçta bir toplama kavramı olarak somut kullanıma göre ilk görünüş ispatı, emare ispatı olarak karşımıza çıkabileceğini ifade etmektedir.

2. Fiili Karinelerin Unsurları

Fiili karinelerde, hakimi ikna faaliyetinde ispat konusu değiştirilerek karineye dayanan tarafın asıl vakıayı değil emare vakıayı ispat ederek belirsiz olan ve davanın neticesi açısından önem arz eden asıl vakıayı ispat etmesi sağlanır⁶⁹⁷. Bu bakımdan, fiili karineler de karine temeli ve karine sonucundan oluşmaktadır⁶⁹⁸. Karine temeli emare vakıalardan oluşmaktadır ve karineye dayanan tarafın bu vakıaları ispat etmesi gerekmektedir⁶⁹⁹. Fiili karineye dayanan tarafın iddia ettiği karine sonucunu ise, hakim tecrübe kurallarına dayalı olarak, kendisi çıkaracaktır⁷⁰⁰. Bu bağlamda somut olay ele alındığında toplu bir değerlendirmenin nihayetinde, uyumsuzluğun çözümü

⁶⁹⁵ Atalay, **a.g.m.**, s. 14.

⁶⁹⁶ Anzinger, **a.g.e.**, s. 136.

⁶⁹⁷ Allner, **a.g.e.**, s. 56; Kummer, Art 8, N. 365.

⁶⁹⁸ Topuz, **a.g.e.**, s. 122 vd.

⁶⁹⁹ Allner, **a.g.e.**, s. 65; Topuz, **a.g.e.**, s. 123.

⁷⁰⁰ Allner, **a.g.e.**, s. 65; Topuz, **a.g.e.**, s. 125. Hakimin tecrübe kurallarının değerlendirmesi neticesinde emareden başka bir sonuç çıktığında fiili karinenin uygulanması mümkün olmayacaktır. Keza, fiili karinelerin sınırlı bir alanda geçerliliği söz konusudur ve bu anlamda hukuk kurallarından ayrılır. Bkz. Daenzer, **a.g.e.**, s. 5; Taşpınar, **a.g.m.**, s. 536.

için önemli vakıaların tespitini sağlamaya yarayan, yaşam deneyimi kuralları da fiili karinelerin kapsamındadır⁷⁰¹.

3. Fiili Karineler İle Kanuni Karinelerin Karşılaştırılması

Fiili karinelerde hakim, bir hukuk kuralına bağlı olmadan hayata, insanlara dair edindiği; hayatın normal akışında tekrarlanan olayların etkisiyle doğan tecrübe kurallarına dayanarak, bilinmeyen vakıalara yönelik sonuç çıkarmaktadır⁷⁰². Bu bağlamda, fiili karinelerin kanuni karinelere farklı olduğu en önemli nokta, fiili karineler olay karinelerinin üstlendiği vazifeyi üstlense de, fiili karinelerin kanuna dayalı olmadan hakim tarafından tecrübe kurallarına göre çıkarılan sonuçlarken, kanuni karinelerin kanuna dayanmalarının gerekliliğidir⁷⁰³.

Fiili karineyle somut olayın fiili olarak değerlendirilmesi yapılmaktadır⁷⁰⁴. Çünkü hakim somut olayda ileri sürülen delilleri değerlendirerek uyumsuzluğu çözmeye çalışırken kendi tecrübe bilgisini de kullanmakta ve belirsiz vakıanın varlığına dair sonuç çıkarmaktadır⁷⁰⁵. Yani, fiili karineler, HMK m. 198 ve ZPO § 286/1'de yer alan delillerin serbestçe değerlendirmesi ilkesi kapsamında ele alınmaktadır⁷⁰⁶. Bu yüzden de fiili karinelerin hakimi bağlayıcı etkileri yoktur⁷⁰⁷. Uygulanan fiili karine sayesinde taraf daha fazla delil getirmeye ihtiyaç duymayacağı

⁷⁰¹ Anzinger, **a.g.e.**, s. 136; Baumgaertel, **a.g.m.**, s. 562; Topuz, **a.g.e.**, s. 124-125. Fiili karineler, basit tecrübe kurallarına dayanabileceği gibi genel kabul görmüş yaşam tecrübesi kurallarına da dayanabilir. Bkz. Başözen, **a.g.e.**, s. 83.

⁷⁰² Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 16; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 659-660; Karlı, **Medeni Muhakeme**, s. 559; Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 374; Allner, **a.g.e.**, s. 65; Topuz, **a.g.e.**, s. 126; Guldener, **Zivil**, s. 322; Kuhn, **a.g.e.**, s. 101; Gierk, **a.g.e.**, s. 14.

⁷⁰³ Anzinger, **a.g.e.**, s. 142; Siegrist, **a.g.e.**, s. 233; Daenzer, **a.g.e.**, s. 2; Topuz, **a.g.e.**, s. 134. Başözen, fiili karinelerin pratik sonuçları bakımından yasal olay karinelerine denk düştüğünü, fiili karinelerin somut olayın kanuni unsurlara uygunluğuna ilişkin sonuçları ortaya koymasının gerektiğini ve somut olayın tüm şartlarının ortaya çıkarılmasını lüzumsuz kılmalarının gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Başözen, **a.g.e.**, s. 81. Fiili karineler, kanuni karinelerin dışındaki karinelerdir. Bkz. Gierk, **a.g.e.**, s. 16, 18. Fiili karineler ile kanuni karinelerin farkına ilişkin bkz. BGH NJW 2010, 363.

⁷⁰⁴ Allner, **a.g.e.**, s. 65.

⁷⁰⁵ Gierk, **a.g.e.**, s. 16.

⁷⁰⁶ Anzinger, **a.g.e.**, s. 138; Zöllner, **a.g.e.**, s. 980; Baumgaertel, **a.g.m.**, s. 43-51; Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 341, Daenzer, **a.g.e.**, s. 11, 76; Allner, **a.g.e.**, s. 22, 58; Taşpınar, **a.g.m.**, s. 569; Prütting, Gehrlein, **a.g.e.**, s. 853; Kuhn, **a.g.e.**, s. 101; Rüegg, **a.g.e.**, s. 17; Musielak, **a.g.m.**, s. 562; Gierk, **a.g.e.**, s. 16.

⁷⁰⁷ Gierk, **a.g.e.**, s. 16.

gibi, fiili karineye dayanarak yeterli ispat kuvvetine ulaşılamazsa bu karine diğer vakıalarla, delillerle birlikte değerlendirilebilecektir⁷⁰⁸. Böylece, fiili karinenin nazara alınması hakimin serbestçe takdiri çerçevesinde geçerliyken, kanuni karinelere hakime kanuni bir emir verilmekte ve serbest takdir imkanı tanınmamaktadır⁷⁰⁹. Bu açıdan, kanuni karinelere karine temelinin iddiası ve ispatı yeterli olup karine sonucunun –iura novit curia gereğince- iddia edilmesine gerek yokken, fiili karinelere karine sonucunun ve karine temelinin iddia edilmesi gerekmektedir⁷¹⁰.

Her iki karine türünün farklılıkları temyiz denetiminde de kendini gösterecektir. Kanuni karinelere hakim karine sonucunu uygularken bir hukuk kuralını uygulamaktadır ve hukuk kuralını yanlış uyguladığı zaman HUMK 428. madde uygulanacaktır. Karine uygulanmamış veya karine temeline göre uygulanması gereken karine sonucu değil de farklı bir sonuç uygulanmışsa HUMK m. 428/1 gereğince kanuna aykırılıktan dolayı hükmün bozulması gerekmektedir⁷¹¹. Fiili karinelere ise hakim, vakıa tespitinde bulunmaktadır ve ilk derece mahkemesinin delilleri değerlendirmesi aşamasından kaynaklanan bir durum söz konusu olduğundan temyiz denetiminde fiili karinelerin kontrol edilememesi gerekmektedir⁷¹². Ancak tecrübe kurallarının Alman hukukunda hukuk kuralı olarak kabul edilmesinden dolayı, fiili karineler temyiz denetiminde incelenmektedir⁷¹³. Hukukumuzda fiili karineler, HUMK m. 428/5 gereğince meselei maddiyenin takdirinde hata edilmesi sebebiyle temyiz denetimine tabi olmaktadır⁷¹⁴.

⁷⁰⁸ Zöllner, **a.g.e.**, s. 980.

⁷⁰⁹ Gierk, **a.g.e.**, s. 16; Schneider, **a.g.e.**, s. 98; Topuz, **a.g.e.**, s. 134.

⁷¹⁰ Musielak, **a.g.m.**, s. 564; Topuz, **a.g.e.**, s. 134.

⁷¹¹ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 177.

⁷¹² Allner, **a.g.e.**, s. 75; Topuz, **a.g.e.**, s. 134-135; Gierk, **a.g.e.**, s. 16.

⁷¹³ Allner, **a.g.e.**, s. 73; Topuz, **a.g.e.**, s. 135.

⁷¹⁴ Topuz, **a.g.e.**, s. 135. Yargıtay delil takdiri konusunda denetim yetkisini kabul etmiştir. Doktrinde Yargıtay'ın delil takdirine ilk derece mahkemesi gibi müdahalesi istinaf mahkemelerinin boşluğunu doldurma olarak kabul edilmektedir. Yargıtay'ın bu denetimi maddi meselenin takdirinde hata temyiz nedenine bağlanabilecektir. Bkz. Sivrihisarlı, **a.g.e.**, s. 121-123.

4. Fiili Karinelerin Hukuki Niteliği Ve Etkileri

Fiili karinelerin hukuki niteliğini ele alırken bu kuralların ispat yükü kuralı olup olmadıklarını, ispat yüküne bir istisna teşkil edip etmediklerini ve ispat vasıtası olarak kullanılıp kullanılmayacaklarını tartışacağız⁷¹⁵. Bu tartışmalardan önce, söz konusu hususlarla bağlantılı olan ve konuyla ilgili olarak dikkatimizi çeken, fiili karineleri senetle ispat kuralının istisnası olarak kabul eden Yargıtay'ın bir kararını ele almak istiyoruz.

Fiili karineler, hakimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesi kapsamında uygulama alanı bulduklarından, kanunda düzenlenmemiş bir sonuca hakim hukuk yaratma yetkisi çerçevesinde varmaktadır ve bundan dolayı kesin delille ispat zorunluluğunun uygulandığı hususlarda (HMK m. 200, m. 201) fiili karinelere dayanarak hüküm verilememesi gerekmektedir⁷¹⁶. Ancak, Yargıtay'ın hayatın olağan akışı adı altında fiili karineleri, senede karşı senetle ispat zorunluluğunun bir istisnası olarak kabul ettiği kararları bulunmaktadır. Doktrinde oldukça tartışılan bir kararda Yargıtay, bir kimsenin kendi mali durumunun üstünde yüksek miktarda borç para vermesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, senedin karşılıksız-

⁷¹⁵ Fiili karineler tecrübe kuralı olarak da kabul edilmektedir. Bkz. Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 374; Guggenbühl, **a.g.e.**, s. 17. Başözen de fiili karineleri yaşam deneyimi kuralları ile aynı anlamda kullanmaktadır. Bkz. Başözen, **a.g.e.**, s. 74. Fiili karineler tecrübe kuralı, tecrübe değerini bildiren yargılar olarak kabul edildiğinde, fiili karinelerin (aynı şekilde fiili karine olmayan tecrübe kurallarının) maruf ve meşhur vakıalarla ilgisi veya ayniyeti akla gelebilir. Maruf vakıa mahkeme dışında genellikle bilinen, yanılma olasılığı akla gelemeyecek vakılardır. Ankara-İzmir arasındaki uzaklık gibi. Meşhur vakıalar ise herkesin bildiği vakılardır. Marmara depreminin yılı gibi. Ancak maruf ve meşur vakıalar ispata ihtiyaç duymayan, yüksek ihtimal gibi bir belirlemenin gerek olmadığı, zaten herkesin bildiği, aksinin ise karşı ispat faaliyetiyle ispatlanabileceği kabul edilen vakılardır. Yargıtay'ın fiili karinelere yönelik verdiği munzam zarara ilişkin kararlarında maruf ve meşhur vakıa ile fiili karinelerin karıştırıldığı görülmektedir. “Ülkemizde yıllardır yüksek oranda seyreden enflasyon oranları dikkate alındığında alacağını zamanında elde eden davacının bunu biran önce mal veya hizmet yatırımlarına yöneltmesi veya en azından banka mevduat faizine veya devlet tahviline yatırması veya dövize dönüştürmesi yaşanan hayat gerçeklerine uygun bir davranış olur. Enflasyon oranları karşısında alacağını geç alan alacaklının zarar gördüğü ve yasal faizin bu zararın karşılanmasına yetmeyeceği bir gerçektir. Bu hal zararın varlığı için fiili karine oluşturur.” HGK, 05.11.2003, 2003/13-657, K. 2003/628 (Legal HD., 2003, S. 11, s. 3086 vd.) Yargıtay'ın munzar zararlarla ilgili olarak ifade ettiği fiili karinelerin, maruf ve meşhur vakıa ile aynı değerlendirmeye tabi tutulduğuna dair bkz. Taşpınar, **a.g.m.**, s. 568.

⁷¹⁶ Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 166.

muvazaalı verilmiş olduğu fiili karinesini kabul ederek, senetle ispat edilen hususa karşı tanık dinlenebileceğine karar vermiştir⁷¹⁷.

Alangoya, senedin karşılıksız verildiği fiili karinesini delil başlangıcı kapsamında ele almış ve Yargıtay'ın kararını isabetli bulmuştur⁷¹⁸. Göksu ise birkaç sebeple bu kararı eleştirmektedir. Yazara göre⁷¹⁹, fiili karineler, senetle ispat ve senede karşı senetle ispat zorunluluğunun olduğu hususlarda uygulama imkanı bulamayacağından, Yargıtay'ın hayatın olağan akışı-fiili karine olarak kabul ettiği durum senetle ispat zorunluluğunun istisnası olamaz. Fiili karinelerin uygulanacağı kabul edilse dahi, fiili karineye dayanan tarafın iddiasını ispat etmiş sayılması söz konusu olur ve karşı tarafa delil ikame yükü geçer, yoksa tanık dinlenebileceği anlamına gelmez. Kaldı ki, fiili karineler ispatın şekline ilişkin değil, ispata, ispat yüküne ilişkin kurallardır.

Yargıtay'ın hayatın olağan akışına aykırılığa yer verdiği kararında, fiili karineleri senetle ispat kuralının istisnası olarak kabul etmesi senetle ispat kurallarının niteliğiyle bağdaşmamaktadır. Çünkü, HMK m. 203'de yer alan

⁷¹⁷ “Senede karşı senetle ispat zorunluluğu olarak adlandırılan bu kural, sadece senedin tarafları için geçerli olup, tarafların mirasçıları da, kural olarak (yalnızca kendi haklarına dayandıkları durumlar dışında) taraf kavramına dahildirler. Ne var ki senede karşı senetle ispat zorunluluğu öngören bu kural da mutlak değildir. HUMK’un 293. maddesinin 3. ve 5. fıkralarında sayılan hallerde senede karşı tanık dinlenebileceği gibi, Yargıtay uygulamasına göre, örneğin, borcun kumardan kaynaklandığı ya da ahlak ve adaba aykırı bir amacın tahakkuku için verildiği yolundaki savunma da tanıkla kanıtlanabilir. Kaldı ki, somut olayda, davacının belgede belirtilen miktarda parayı borç olarak verecek mali gücünün bulunmadığı, davalıların miras bırakanının da bu miktarda borç almasını gerektirecek herhangi bir durumun mevcut olmadığı da savunmuş ve buna ilişkin deliller toplanmıştır. İşçi emeklisi eşi olduğu dosya kapsamından anlaşılan davacının, herhangi bir işinin, gelirin ve malvarlığının bulunduğu kanıtlanamamıştır. Davalıların miras bırakanının ise; 1982 yılından itibaren oto tamirhanesi işlettiği, gayrimenkullerinin özel otomobilinin bulunduğu, kira geliri elde ettiği, buna ilişkin resmi yazı cevaplarıyla sabittir. Bu durumda, davacının davalıların miras bırakanına 1.8.1997 tarihinde 10 milyar TL. borç para vermesi hayatın olağan akışına da uygun düşmemektedir” HGK 20.03.2002 913-77/206 (İBD, 2003/1, s. 158).

⁷¹⁸ Alangoya, mali durumun üstünde borç para verilmesinin tecrübe kurallarına aykırılık teşkil ettiğini ve bu aykırılığın neticesinde de senedin karşılıksız verilmiş olduğu fiili karinesinin uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. Yazılı delil başlangıcı (delil başlangıcı) ile delalet ettiği iddianın ilişkisinin bazı karinelere dayanmakta olduğunu ve hakim tarafından değerlendirileceğini belirtmektedir. Nihayetinde, Alangoya, senedin karşılıksız verildiği fiili karinesinin HUMK m. 292 (HMK m. 202) kapsamında nazara alınması gerektiğini kabul etmektedir. Bkz. Yavuz Alangoya, “Senede Karşı Senetle İspat” Kuralı ve “Hayatın Olağan Akışı” Kavramı, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 528.

⁷¹⁹ Mustafa Göksu, “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011, s. 63.

istisnalara fiili karineler girmediği gibi, m. 202'de düzenlenmiş olan delil başlangıcı kapsamında da fiili karineler ele alınamaz. Bu yüzden, fiili karinelerin senetle ispat kuralının uygulandığı durumda kullanılabilmesini mümkün kabul etsek de, fiili karinenin senetle ispat kuralının istisnası kabul edilerek, tanık deliline başvurulma imkanı tanınmasını, kanundaki senede ilişkin hükümlerle açıklayamamaktayız. Bu durumda iki imkan söz konusu olabilir. Ya fiili karineye dayanan tarafın ileri sürdüğü vakıayı karinenin ispat kuvveti yeterliyse ispat etmiş olduğunu kabul edeceğiz ya da fiili karinenin ispat yükü dağılımını sağladığını ve fiili karineye dayanan tarafın ispat yükünden muaf olduğunu kabul edeceğiz. Bunun için fiili karinelerin hukuki niteliğine cevap vermemiz gerekmektedir.

Burada cevaplamamız gereken önemli ve gerekli olan soru, fiili karinelerin objektif ispat yükü kurallarının dağılımını sağlayıp sağlayamayacağıdır.

Alman mahkemelerinin, fiili karinelerin, ispat yükünün yer değiştirmesine sebep olduğuna dair kararları bulunduğu gibi, böyle bir etkiyi reddeden kararları da bulunmaktadır⁷²⁰.

Doktrindeki baskın görüşe göre, fiili karineler objektif ispat yükü kuralı olarak kabul edilemez⁷²¹. Fiili karineler ile vakıa tespiti (*Feststellung von Tatsachen*) yapılarak bir vakıanın somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğine dair hakimi ikna etmeye çalışılmaktadır. Ancak vakıanın hukuki değerlendirilmesi (*rechtliche*

⁷²⁰ BGH NJW 02, 3164, 3165, BGHZ 146, 298, 305= NJW 01, 1127, 1128 (Prütting, Gehrlein, **a.g.e.**, s. 853). Baumgaertel, Laumen ve Prütting, federal mahkemenin bazı kararlarını incelemiş ve her ne kadar mahkeme fiili karineleri ispat yükünün paylaşılması amacıyla kullansa da, aslında objektif ispat yükü kuralı niteliğinde bir uygulamanın olmadığını ifade etmektedir. Keza ispat kolaylığının sağlanması için objektif ispat yükünün yer değiştirmesinin gerekli de değildir. Yazarlar, senedin doğruluğuna ilişkin fiili karinede objektif ispat yüküyle ilgili bir durumun olmadığını, subjektif ispat yükü olan delil ikame yükünün karşı tarafa geçtiğini ifade etmişlerdir. Kararlar için bkz. BGH NJW 2002, 3180; BGH NJW 1990, 2127, 2128, NJW 2002, 2703 vd. Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 347.

⁷²¹ Prütting, Gehrlein, **a.g.e.**, s. 853; Kummer, Art 8, N. 365; Üstündağ, **Yargılama**, s. 621; Albayrak, **a.g.e.**, s. 46; Guldener, **Zivil**, s. 326. Albayrak, **a.g.e.**, s. 46; Edis, **a.g.e.**, s. 373; Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 166; Umar, **a.g.e.**, s. 585; Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 347; Zahit İmre, **Medeni Hukuka Giriş**, 3. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 283; Baumgärtel, **a.g.m.**, s. 51; Anzinger, **a.g.e.**, s. 140-141; Topuz, **a.g.e.**, s. 132. Kuru, fiili karinelerin ispat yükü kuralı olup olmadığını tam olarak belirtmese de, fiili karine lehine olan tarafın o hususu ispat etmiş sayıldığını ifade ederek, fiili karinelerin ispatlayıcı etkisini vurgulamıştır. Bkz. Kuru, **Usul**, s. 2006.

Bewertung) yapılarak hukuki konuya dair bir sonuç çıkarılmamaktadır⁷²². Fiili karineler ilgili oldukları husus hakkında hakimde kanaat oluşmasını sağlayacak derecede güçlü ise, ilgili vakiya ilişkin delil getirilmiş ve ispat faaliyeti yapılmış olmaktadır⁷²³. İspat yükünün dağılımını kanun yaptığından somut olayda ispat faaliyetinin yerine getirilmesini sağlayan fiili karinelerle ispat yükünün kime düştüğü belirlenemez⁷²⁴. Taraf iddia ettiği vakiya ilişkin ispat yükünü yerine getirir, emareleri ispat eder ve hakim de tecrübe kurallarına dayanarak bilinmeyen vakiya ilişkin sonuç çıkarır⁷²⁵. Fiili karineye dayanılarak ispat faaliyeti yapılmış olmakta ve delil ikame yükü karşı tarafa geçmektedir⁷²⁶. Karşı taraf hakimin kanaati sarsmak için karşı ispat faaliyetini yerine getirebilir. Ancak bu durum ispat yükünün karşı tarafa geçtiği anlamına gelmez. Netice olarak, fiili karineler objektif ispat yükünü etkilememekle beraber, etkilerini subjektif ispat yükü üzerinde gösterir⁷²⁷.

Umar⁷²⁸, Yargıtay’ın bir kararında geçen “*fiili karine lehine olan tarafın ispat yükü altında bulunmadığı, karinenin aksini iddia edenin kanıtlama yükümünün bulunduğu*” ifadesini eleştirmektedir. Yazar haklı olarak, fiili karine lehine olan tarafın ispat yükü altında bulunmadığı ifadesinin yerine, ispat yükünden kurtulduğunun, ispat yükünün yerine getirilmiş olduğunun denmesinin gerektiğini ifade etmektedir. Karinenin “aksini kanıtlama yükümü” denmesinden “fiili karineye rağmen onun ispatladığı varsayılan durumun gerçekleşmediği yolunda, aksini-ispata amaçlı delil sunma yükü” denmesinin daha isabetli olacağı kanaatindedir. Başka bir Yargıtay kararını da eleştirirken fiili karinelerin ispat yükü

⁷²² Allner, **a.g.e.**, s. 56; Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, 336; Baumgaertel, **a.g.m.**, s. 43.

⁷²³ İmre, **a.g.e.**, s. 283.

⁷²⁴ Topuz, **a.g.e.**, s. 132.

⁷²⁵ Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 660.

⁷²⁶ Umar, **a.g.e.**, s. 584.

⁷²⁷ Anzinger, **a.g.e.**, s. 140-141.

⁷²⁸ İlk karar için bkz. 10. HD., 26.9.2006, E. 2006/11879, K. 2006/11666 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Umar, ikinci kararda bahsi geçen bir aracın diğerine arkadan çarpmış olmasında, kusurlu olanın arkadan çarpan kişi olduğunun ispatından kurtulmanın, arkadan arabaya çarpıldığı vakiasını ispat ederek mümkün olduğunu belirtmiştir. Haksız fiilden dolayı tazminat dava eden kişi davalının kusurunun ispat yükünü taşıırken bu ispatı doğrudan değil kendi otomobiline arkadan çarpmış olduğu vakiasını ispat etmekle yapabilecektir. Ancak bu vakia dava temeline dahil olan ve talebini elde etmek için ispat etmesi gereken bir vakia değildir. Yazar, bu durumun fiili karine/emare sayesinde yapılmış sayılmasının tipik bir örneği olarak belirtmiştir. Bkz. Umar, **a.g.e.**, s. 585. Karar için bkz. 19. HD, 19.3.1993, E. 1992/7821, K. 2193 (YKD, 1993/9, s. 1382). Bu kararda ilk görüşün ispatının uygulama alanı bulunduğunu düşünmekteyiz.

konusunda genel kurala istisna getiren kurallar olmadıklarını, sadece ispat yükünü taşıyan taraf lehine ispat konusu bakımından bir seçenek getirdiklerini belirtmektedir.

Diğer görüş ise, fiili karineler ile kanuni karineleri ispat yüküne getirdikleri istisna bakımından eşdeğerde görmektedir⁷²⁹. Başözen, fiili karinelerin maddi hukuk temeline dayalı olay karinelerinin fonksiyonunu ifa eden, kanunda yer almayan, hakimin hukuk yaratma faaliyeti kapsamında elde edilen ispat yükü kuralı olduğu kanaatinde⁷³⁰.

Yargıtay hayatın olağan akışı olarak ele aldığı fiili karinelere⁷³¹, ispat yükünün dağılımını sağlamak amacıyla kararlarında yer verdiği gibi⁷³², fiili

⁷²⁹ Başözen, **a.g.e.**, s.84. Önen, yasal karine ve fiili karineyi ispat yükünden kurtarma açısından bir farklılıklarının olmadığını, fiili karinelerin ispat yükünden ayrık durum oluşturduğunu, davacı yararına fiili bir karine varsa (davalı karının evli olmayan erkeklerle gezmesi gibi) davacı kocanın karısıyla arasındaki geçimsizliği ispatlamak için başka deliller getirmekten kurtulmuş olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Önen, **a.g.e.**, s. 206.

⁷³⁰ Başözen, **a.g.e.**, s.84.

⁷³¹ Umar, **a.g.e.**, s. 586; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 671. "...davaya konu senet ile alacaklı bulunduğu söz etmemiş olmasının hayatın olağan akışına uygun düşmemesine ..."19. HD., 15.06.1995, E. 8156, K. 5437 (Talih Uyar, "Kambiyo Senetlerindeki Mücerretlik İlkesi, Kambiyo Senedinin Hayatın Olağan Akışına Aykırı Olduğu İddiasına Dayalı Menfi Tespit Davasının Açılmasını Engeller mi?", **İBD**, C. 87, S. 3, 2013, s. 248). Bir tacirin başka bir tacirde olan yüksek meblağlı senede bağlanmış alacağını ticari defterlerine kaydetmemiş olması, senette belirtilen tutarı alacaklının bir çanta içinde borçlu şirkete teslim etmesi hayatın olağan akışına aykırıdır Uyar, **a.g.m.**, s. 250-251. "...Borçlu bulunmadığı ileri sürülen senet, teminat amacıyla verilmiştir. Bu konuda bir uyumsuzluk yoktur. Ancak davalı bu teminatın davacıya ayrıca verilen nakit para için alındığını belirtmektedir. Oysa sözleşmenin imzalanmasından bir gün sonra düzenlenen bu taahhütnamenin verilen senedin teminat için alındığının açıklanması amacıyla düzenlendiği aşikardır. Zira borç para karşılığında alınan bir senet esasen teminat olmayıp borç ikrarını ihtiva ettiğinden ayrıca borcun ödenmemesi halinde senedin tahsil edileceğinin belirtilmesine gerek yoktur. Zira asıl borcun ödenmemesi halinde senet tahsile konulacağından davalının kendi aleyhine yorumlanacak bir belgeyi (senedi aldıktan sonra vermesinin) hayatın olağan akışı ile bağdaşır bir yönü yoktur." 15. HD., 27.02.1995, E. 870, K. 1073 (Uyar, **a.g.m.**, s. 254, dn. 39).

⁷³² "Olağan bir duruma dayanan tarafın, bu iddiasını kanıtlanma yükümlülüğü altında olmadığı, ispat yükünün, normal durumun aksini iddia eden tarafın üzerinde olduğu; başka bir anlatımla, belli olaylardan, belli olmayan bir olay için çıkarılabilen durumlara dayalı, **fiili karine lehine olan tarafın, ispat yükü altında bulunmadığı, karinenin aksini kanıtlanma yükümünün bunu iddia edenin üzerinde olduğu**, yargılama hukukunun temel ilkelerindedir." 10. HD., 20.10.2009, E. 2009/8955, K. 2009/15860. "Uygulamada olağan bir duruma dayanan tarafın, bu iddiasını kanıtlanma yükümlülüğü altında olmadığı, ispat yükünün, normal durumun aksini iddia eden tarafın üzerinde olduğu; başka bir anlatımla, belli olaylardan, belli olmayan bir olay için çıkarılabilen durumlara dayalı **fiili karine lehine olan tarafın ispat yükü altında bulunmadığı, karinenin aksini kanıtlanma yükümünün bunu iddia edenin üzerinde olduğu**, yargılama hukukunun temel ilkeleri arasındadır." 14. HD., 5.6.2008, E. 2008/1867, K. 2008/7303 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

karinelerin hakimde kanaat oluşturmayı sağladığı yönünde de kararları bulunmaktadır⁷³³. Yargıtay'ın fiili karinelere ispat yükü işlevini yüklemesinde, doktrinde kabul edilen normal duruma göre ispat yükünün dağılımının yapılabileceği kanaati etkili olmaktadır⁷³⁴.

Yargıtay'ın kararlarının büyük çoğunluğu, fiili karinelerin ispat yüküne muafiyet getirdiği, ispat yükü kuralı olduğu yönündedir⁷³⁵. Yargıtay'a göre, hayatın olağan akışına aykırı bir vakıya dayanmak ispat yükünün üstlenilmesine sebep olmakta iken, hayatın olağan akışına uygun bir vakıya dayanıldığı takdirde bu vakıalara ilişkin ispat yükünden muafiyet sağlanmaktadır. Bu duruma ilişkin olarak, evden ayrılan kadının ziynet eşyalarının iadesi için açtığı davada, Yargıtay, kadının ziynet eşyalarını beraberinde götürmesinin hayatın olağan akışına uygun olduğuna karar vermiş ve ziynet eşyalarının evde kaldığına dair ispat yükünü kadına

⁷³³ “Sendikal fesih karinesi İş Hukukuna özgü fiili karine olup işçi ve işveren tarafının iddialarının doğruluğu hakkında hakimin kanaat oluşturmasına yarayan; çalışma yaşamı, sendikal yaşam, toplu görüşmeler, iş ilişkileri ve iş yargısı tecrübelerine dayanan değer yargılarıdır. Bu sonuçlar ve değer yargılan feshin sendika üyeliği veya **sendikal faaliyet nedeniyle yapıldığı iddiasını arttırıyorsa** sendikal fesih karinesinin varlığı kabul edilmeli; işverenin feshin başka bir nedene dayandığını ispatlayamaması halinde uyuşmazlık işçi lehine çözümlenmelidir” HGK, 7.10.2009, E. 2009/9-372, K. 2009/416. “İmalat işinin çok komplike olması nedeniyle, zaten zarar görenin bazı hususları kanıtlaması imkansız olacaktır. Bundan dolayıdır ki, **fiili karinenin ispat yerine geçmesi kabul edilmelidir. Zararın imal edilen şeyin kullanımından kaynaklanmadığını imalatçı kanıtlayacaktır.**” 4. HD., 27.3.1995, E. 1994/6256, K. 1995/2596 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷³⁴ Karşı, **Medeni Muhakeme**, s. 557; Kuru, **Usul**, s. 1989; Ansay, **a.g.e.**, s. 255; Pekcanitez, Atalay, Özekes normal duruma dayanan kişinin ispat yükünü taşımadığı yönündeki ilkeyi genel kuralın bir istisnası olarak kabul etmemekte, bu ilkenin tecrübe kuralları aracılığıyla hakim tarafından sonuç çıkarılmada kullanılabilecek fiili karineyi ifade ettiğini belirtmektedir. Bkz. Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 671. Taşpınar, aynı olayın normal durum ölçütüne göre farklı yönlerden değerlendirilebileceğini, ters sonuçlara ulaşılabileceğini ve bundan dolayı normal durumda ispat yapılmış olduğuna karar verilebileceğini ifade etmektedir. Yazar, somut olayın özelliklerine göre ispat yükünün paylaştırılmayacağını ve ispat yükünü kanunun (MK m. 6) paylaşacağını, hakimin paylaşmaması ifade etmektedir. Bkz. Taşpınar, **a.g.m.**, s. 556. Postacıoğlu, kadının ziynet eşyalarına zilyet bulunmasının asıl olduğunu kocanın kadının ikametgahını terk etmesi halinde, bu beyanın aksi ispat edilinceye kadar geçerli olacağını ifade etmektedir. Bkz. Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 538. Umar, Postacıoğlu'nun ve Yargıtay'ın vardığı sonucu haklı bulurken gerekçeyi haksız kabul etmektedir. Yazara göre, davalı kocanın fiili karine sayesinde ispat yükünü yerine getirmiş olduğunun isabetli bir kabul olmadığını, kocanın dava temeli vakıa iddiasını –altınların evde kaldığı- reddettiğini ve bu vakıa bakımından ispatın kadına düştüğünü, kadın da ispat yükünü yerine getiremediğinden aleyhine karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Umar, **a.g.e.**, s. 586-587.

⁷³⁵ HGK, 5.7.2000, E. 2000/2-1072, K. 2000/1124; HGK, 14.2.2001, E. 2000/18-1843, K. 2001/150; HGK, 19.6.2002, E. 2001/13-569, K. 2002/534; 13. HD., 24.2.2003, E. 2002/12732, K. 2003/ 1776 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

yüklemiştir⁷³⁶. Bu kararlarda, Yargıtay hayatın olağan akışı olarak belirttiği fiili karineleri ispat yükünün dağılımında ölçüt olarak kullanmaktadır. Böylece, fiili karineye dayanan tarafın, ispat yükünü taşımayacağına karar vermektedir.

Kanaatimizce, fiili karineler ispat yükü kuralı değildir, ispat yükünde bir değişiklik yapmaz. Bu karineler karine sonucundaki vakıya ilişkin ispat edici etkiye sahip olup dolaylı ispat faaliyetinin bir türüdür. Hakimin delilleri serbestçe değerlendirme ilkesi kapsamında uygulanabilir. Fiili karinelerin hukuk düzeninde yer almasının amacı da ispat kolaylığının sağlanmasıdır. Bunun için de ispat konusunun, ispatı kolay olan emarelere çekilmesi söz konusudur. Bu faaliyette emare vakıaların ispat edilmesi üzerine, tecrübe kurallarını kullanarak hakimin bir başka vakıayı ispatlanmış olarak kabul etmesi söz konusudur. Aslında yapılan bir emare ispatı faaliyetidir. Bu faaliyeti de ispat yükü üzerinde olan taraf yapmaktadır. İspat yükü üzerinde olan tarafın fiili karineye dayanarak hakimi ispatlanmak istenen vakıanın varlığına dair ikna etmesi üzerine, bu vakıanın ispat edilmiş olarak kabul edilmesi

⁷³⁶ “İspat yükü hayatın olağan akışına aykırı durumu iddia eden ya da savunmada bulunan kimseye düşer. Davacı kadın dava konusu edilen ziynet eşyasının davalıda kaldığını ileri sürmüş, davalı koca ise onun tarafından götürüldüğünü savunmuştur. Hayat deneylerine göre olağan olanın bu çeşit eşyanın kadının üzerinde olması ya da evde saklanması, muhafaza edilmesidir. Başka bir anlatımla bunların davalı tarafın zilyetlik ve korunmasına terk edilmesi olağan durumla bağdaşmaz. Diğer taraftan ziynet eşyası rahatlıkla saklanabilen, taşınabilen götürülebilir türden eşyalardandır. Bu nedenle evden ayrılmayı tasarlayan kadının bunları **önceden götürmesi gizlemesi her zaman mümkün olduğu gibi, evden ayrılırken üzerinde götürmesi de mümkündür.** Bunun sonucu olarak normal koşullarda ziynet eşyalarının kadının üzerinde olduğunun kabulü gerekir. Davacı dava konusu ziynet eşyasının varlığını, evi terk ederken bunların zorla elinden alındığını ve götürülmesine engel olduğunu, evde kaldığını ispat yükü altındadır.” 6. HD., 16.01.2012, E. 2011/11646, K. 2012/78 (Legal HD, 2012, C. 10, S. 113, s. 244). Aynı yönde bk. 2. HD., 25.09.2003, E. 2003/10778, K. 2003/12116 (Legal HD, 2003, C. 1, S. 10, s. 2304); 4. HD., 02.10.2003, E. 2003/ 5258, k. 2003/11046 (Legal HD, 2003, C. 1, S. 11, s. 2815); HGK, 28.01.2009, E. 2008/6-824, K. 2009/25 (Yargı Dünyası, 2009, 161/31). Başka bir kararda “Evlilik sırasında kadına takılan ziynet eşyaları kim tarafından takılmış olursa olsun ona bağışlanmış sayılır (Yargıtay burada bir fiili karine kabul ediyor). Dava dilekçesinde istenilen ziynet eşyalarına davalı miktar ve nicelik yönünden karşı çıkmadığı gibi ziynet eşyalarının bir kısmının amcasından alınan borç para için bir kısmının da kira ve ihtiyaçlar için bozdurulup harcandığı davalı tarafından kabul edilmektedir. Davalı ziynet eşyalarının davacının rızası ile bozdurulup harcandığını da iddia etmemiştir. Davacıya ait olduğu anlaşılan dava dilekçesinde yazılı dava konusu altınların evliliğin devamı sırasında davalı tarafından alınarak bozdurulup harcandığı davalı yanca kabul edildiğine göre davacıya iadesi gerekir. Bu nedenle dava dilekçesinde yazılı ziynetlerin tamamının iadesine karar verilmesi gerekir...” 6. HD., 05.12.2011, E. 2011/9380, K. 2011/13669 (Legal HD, 2012, C. 10, S. 113, s. 249). “Ziynet eşyalarının kadın üzerinde taşınması doğal ise de evden fiziksel şiddete uğrayarak ayrılan bir kadının ziynet eşyalarını da üzerinde taşınması olağan olarak kabul edilemez.” 6. HD., 20.04.2011, E. 2011/4115, K. 2011/5097 (Yargı Dünyası, 2012, 194/139).

söz konusudur. Bu durumda, objektif ispat yükü yer değiştirmemekte, delil ikame yükü karşı tarafa geçmektedir.

Ziynet eşyalarına ilişkin kararlarda, senetle ispat kuralının istisnasının olduğu durumda ve diğer fiili karine uygulamalarında fiili karinelerle bir ispat faaliyeti yapılmaktadır. Karı kocanın ziynet eşyalarının varlığı ispatlandığında, hakim tecrübe kurallarına dayanarak bu eşyaları kadının üzerinde taşıdığı sonucuna varmaktadır. Böylece kadının ziynet eşyalarını beraberinde götürdüğü vakıyası ispat edilmiş olmaktadır. Bunun üzerine, eşyaların evde kaldığını iddia eden kadının, bu vakıayı ispat etmesi gerekmektedir. Yani bu durumda delil ikame yükü yer değiştirmektedir. Kadın ziynet eşyalarının evde kaldığını ispat edemediğinde, belirsizlik durumundan dolayı kadının aleyhine karar verilmemektedir. Kadının aleyhine karar verilmesinin sebebi, aleyhine olan vakıanın ispat edilmiş olması ve hukuki sonucundan kendi lehine hak çıkardığı vakıayı ispat edememiş olmasıdır. Netice olarak, kanaatimizce, fiili karineler ispatlayıcı etkiye sahiptir ve bu kurallar ispat yükü kuralı değildir⁷³⁷.

Fiili karinelerin ispat yükü kuralı niteliğinde olmamalarının ve ispatlayıcı etkiyi haiz olmalarının neticesi olarak, fiili karineleri ortadan kaldırmak için aksini ispat faaliyeti yapılamaz, karşı ispat faaliyetiyle hakimde oluşan kanaat sarsılabilir⁷³⁸. Bu bağlamda uygulanan tecrübe kuralının uyuşmazlığa uymadığını, hayatın akışının uyuşmazlık açısından başka türlü gerçekleşmiş olduğunu, karinenin uygulanma şartlarının mevcut olmadığını ispat ederek fiili karinenin uygulanmasına karşı taraf engel olabilir⁷³⁹.

⁷³⁷ Fiili karinelerin senetle ispatın zorunlu olduğu durumda uygulanamaması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak, bazı hallerde, Yargıtay'ın senetle ispatın zorunlu olduğu davada fiili karineleri bir istisna olarak kabul etmesi durumunda olduğu gibi, fiili karineye dayanan tarafın ileri sürdüğü vakıanın ispatlanmış sayılması gerektiğini kabul ediyoruz. Bu kabulümüzün sebebi senetle ispat kuralının katı uygulanmasının hakkaniyete aykırı sonuçlara sebep olabilmesidir. Ancak, bu durumu fiili karinelerin ve senetle ispat kuralının teorik açıklamalarıyla gerekçelendirememekteyiz.

⁷³⁸ Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 339; Kummer, Art 8, N. 363, 366, Taşpınar, **a.g.m.**, s. 569; Allner, **a.g.e.**, s. 50-51; Topuz, **a.g.e.**, s. 186. Başözen fiili karineleri ispat yükü kuralı olarak kabulünün neticesi olarak, fiili karinelerin aksinin ispatıyla çürütülebileceğini kabul etmektedir. Bkz. Başözen, **a.g.e.**, s. 82.

⁷³⁹ Allner, **a.g.e.**, s. 73; Topuz, **a.g.e.**, s. 186.

5. Fiili Karinelere Uygulamadan Örnekler

Fiili karineler taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda kullanılabilmesi gibi re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda da kullanılabilir⁷⁴⁰. Türk hukukunda oldukça önemli bir yere sahip olan fiili karineler, Yargıtay tarafından cazip bir kavram olarak kullanılmaktadır. Doktrinde ve uygulamada birçok fiili karine örneğinin verildiğini görmekteyiz⁷⁴¹. Biz de birkaç fiili karine örneği vermek istiyoruz.

Alman hukukunda fiili karinelere örnek olarak, senetlerin doğruluğuna ve tamlığına dair yerleşmiş olan kural verilmektedir⁷⁴². Buradaki fiili karine, senedin oluşturulma sürecinin gerçeğe uygun olduğuna dair, mahkemenin delilleri değerlendirme faaliyetinde mahkemeye sağladığı bir kabullenmedir⁷⁴³. Karşı taraf senedin doğruluğunun ve tamlığının aksini iddia ediyorsa karşı ispat yoluyla hakimde oluşmakta olan kanaati sarsabilecektir. Şayet karşı taraf fiili karineyi çürütmekte başarısız olursa, hakimin kararı non liquet durumuna dair değil, tespit edilmiş meseleye dair olacaktır ki bu durum objektif ispat yükünün yer değiştirmesine dair değil subjektif ispat yükü olan delil ikame yükünün yer değiştirmesiyle ilgilidir⁷⁴⁴. Ancak doktrinde bazı yazarlar böyle bir fiili karinenin varlığını reddetmektedir⁷⁴⁵. Yazarlara göre, senedin doğruluğu ve tamlığına dair bir

⁷⁴⁰ Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 347.

⁷⁴¹ Ticaret sicili bir işlemin varlığı veya yokluğu hakkında hukuki bir karine ihdas etmez, fiili bir karine tesis etmektedir. Üçüncü kişi sicildeki kayda güvenerek bir işlem yapmışsa, bu kayıtlara konu teşkil eden işlemler geçerli olmak kaydıyla hak iktisap edilebilir. Bkz. Halil Arslanlı, **Kara Ticaret Hukuku Dersleri Umumi Hükümler**, 2. bs., İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1959, s. 159. Kuru'nun belirttiği fiili karineler şöyledir; evli kadının bekar erkeklerle gezmesi karı koca arasındaki şiddetli geçimsizlik için bir fiili karine teşkil etmektedir, kocanın bir hususu bildiği karının da o hususu bildiğine karine teşkil eder, piyango biletindeki imza ortaklığa delalet eder vs. Bkz. Kuru, **Usul**, s. 2006 vd. Fiili karine örnekleri için bkz. Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 544-545. Alacaklı borç senedini kasıtlı olarak imha ederse, okunamayacak hale getirirse, esaslı sözleşme hükümlerinin üstünü çizerse ödemeye fiili karinedir. Bkz. von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s. 38; Gümüş, **a.g.m.**, s. 373.

⁷⁴² Prütting, Gehrlein, **a.g.e.**, s. 853; Musielak, **Kommentar**, s. 993.

⁷⁴³ Allner, **a.g.e.**, s. 43-44; Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 338-339.

⁷⁴⁴ Baumgaertel, Laumen, Prütting, **a.g.e.**, s. 339.

⁷⁴⁵ Baumgaertel, **a.g.m.**, s. 45; Prütting, **a.g.e.**, s. 55, Rosenberg, **a.g.e.**, s. 185. Plosz burada bir fiili karine olmadığını, delilin durumuna ilişkin bir ispat kuralının sözü konusunu olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Plosz, **a.g.m.**, s. 37.

fiili karine yoktur ve burada söz konusu olan tarafın doğru ve tam senet düzenleyeceğine dair bir deneyim, tecrübe kuralıdır.

Yargıtay kararlarında uygulamasını bulan fiili karinelere biri iş hukukunda yer alan sendikal fesih karinesidir⁷⁴⁶. İşverenin geçerli veya haklı nedene dayanarak yaptığı fesih işlemi ile gerçek iradesi arasındaki uyumsuzluk halinde, işverenin gerçek iradesine ulaşma yolu olarak fiili karineler kullanılmaktadır. İş ilişkisinin devamında gerçekleşen olaylardan (emare vakıalardan) hareket edilerek işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetinin işvereni fesih işlemine yönelttiğine dair (asıl vakıa) sonuç çıkarılması söz konusudur. Burada fiili karine olan sendikal fesih karinesi, işverenin işçiyi işten çıkarmasında başka sebep göstermesine rağmen, asıl niyetinin işçinin sendika üyesi olup olmadığını ispatlamak için kullanılmaktadır.

Borçlunun alacaklıya gönderdiği paranın borcuna yönelik bir ödeme olduğunun kabulü de tecrübe kurallarından kaynaklanan fiili bir karinedir ve alacaklının bu ödemenin borca yönelik olmadığını iddia ederse bu iddiasını ispat etmesi gerekmektedir⁷⁴⁷. Yargıtay kararlarında da havalenin bir borcun ödenmesi amacıyla yapıldığı⁷⁴⁸, çekin mevcut bir borcun ödenmesi için verildiğine dair kabul edilen karineler vardır⁷⁴⁹. Yargıtay çekin bir ödeme vasıtası olduğuna dair kabul

⁷⁴⁶ “İşverenin dış dünyaya yansıttığı görünüşteki iradesi (geçerli veya haklı nedene dayanarak yaptığı fesih işlemi)ile gerçek iradesi arasındaki perdeyi kaldırmanın ve gerçek iradesine (saikine)ulaşarak buna hukuki sonuçlar bağlamanın tek yolu fiili karinelerdir. Sendikal fesih karinesi; işçi ve işveren tarafın işverenin görünüşteki fesih iradesinin arkasına geçerek, gerçek fesih iradesi ve amacını sorgulayacak nitelikte açık ve kesin olan, iş ilişkisinin devamı sürecinde kronolojik olarak gerçekleşen olaylardan hareketle işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetinin işvereni fesih işlemine yönelttiği şeklinde hakim tarafından çıkarıldığı sonuçlardır.” HGK, 7.10.2009, E. 2009/9-372, K. 2009/416 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁴⁷ Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 542; Kuru, **Usul** s. 2008.

⁷⁴⁸ “Borçlar Kanunu’nun 182. maddesinin ikinci fıkrasına göre hilafına adet veya mukavele yoksa satıcı ile alıcı edimlerini aynı anda ifa etmekle yükümlüdürler. Somut olayda davacı, halı almak için takip konusu ettiği tutarı ‘avans’ olarak verdiğini ileri sürmüş, davalı ise havalenin nakit ödünç ve halı bedelinin tediyesi maksadıyla gönderildiğini savunmuştur. Esasen havale, aksine bir açıklık yoksa mevcut bir borç için gönderilmiş sayılır.” 19. HD., 01.12.2010, E. 2010/6139, K. 2010/13649 (Yargı Dünyası, 2011, 187/131). Havalenin ödemenin başka bir amaçla yapıldığı iddiasının ispatı için kesin delille ispat zorunluluğuna dair bkz. 3. HD., 3.7.2012, E. 2012/11972, K. 2012/16742 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁴⁹ “BK’nun 182/2. maddesi uyarınca “hilafına adet veya mukavele mevcut değil ise satıcı ve alıcı borçlarını aynı zamanda ifa etmekle mükelleftir.” Çek bir ödeme vasıtası olup, mevcut bir borcun tediyesine yönelik olarak verildiğinin kabulü gerekir. Hal böyle olunca dava konusu çekin kural olarak satışa konu malların teslimi nedeniyle oluşan borcun ödenmesi amacıyla verildiği yolundaki

ettiği karineyle, TBK m. 207/II’de yer alan “*Sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça veya aksine bir âdet bulunmadıkça, satıcı ve alıcı borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlüdürler*” kuralından çıkarmış olduğu kanuni karineyi birçok kararında birlikte uygulamaktadır⁷⁵⁰. Bu kararlarda, çekin karşı tarafa verilmiş olmasını ödemenin gerçekleştiğinin karinesi sayarken, TBK m. 207/II gereğince de malın teslim edilmiş olduğu sonucuna ulaşmaktadır. Aslında bu kararlarda Yargıtay iki tane fiili karine kullanmaktadır. Çünkü, kanaatimizce TBK m. 207/II’de yer alan kural bir yedek hukuk kuralıdır ve karine değildir⁷⁵¹. Bu kuralla taraflara borçlarını aynı anda ifa etmelerine dair yükümlülük yüklenmiştir. Bir malın teslim edildiğinde bedelin de ödenmiş olduğu sonucu ise, bu kuralın etkisiyle yerleşen malın teslim edildiğinde bedelin ödenmiş olduğunun asıl olması fiili karinesinden çıkarılmaktadır. Yoksa böyle bir karine kanunda düzenlenmiş değildir.

Yargıtay’ın başka bir kararında⁷⁵² nişanlılık döneminde yapılan havalenin, nişan hediyesi mi yoksa borcun ödenmesine dair mi olduğu yönünde uyuşmazlık söz konusudur. Söz konusu kararda, havalenin borç ödenmesi için yapıldığına dair kanuni karineye dayanılmıştır. Karşı oy yazısında ise nişanlılık döneminde tarafların birbirlerine verdikleri eşya veya paranın nişan hediyesi olduğu yönündeki fiili karineye dayanılması gerektiği ileri sürülmüştür⁷⁵³. Havalenin ödeme maksadıyla

karinenin aksini iddia eden davacının bu yöndeki iddiasını kesin delillerle kanıtlaması gerekir. Başka bir anlatımla somut olayda ispat külfeti davacı taraftadır.” 19. HD., 24.11.2010, E. 2010/3206, K. 2010/13275 (Yargı Dünyası, 2011, 185/107).

⁷⁵⁰ Bu hüküm gereğince taraflardan biri kendi borcunu ödemiş olmalı veya o anda ödemeye hazır bulunmalıdır ki karşı taraftan alacağını talep edebilsin. Aksi takdirde karşı tarafın ileri süreceği “kendi borcunu yerine getirmedeği defi” ile karşılaşabilecektir. Yargıtay yerleşik uygulamalarında da aksi kararlaştırılmamışa satıcının malı teslim ettiği, alıcının da bedeli ödediği asıldır. Bu sonuç da TBK m. 97 ve 207/II’den çıkmaktadır. Satıcı malı teslim etmesine rağmen bedeli almadığını iddia ediyorsa TMK m. 6 gereği ispat etmelidir. Bkz. Aydın Zevkliler, K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 12. bs., Ankara, Turhan Yayınevi, 2013, s. 38-39.

⁷⁵¹ Önceki BK m. 182/II- TBK m. 207/II’nin bir karine olup olmadığı tartışmalıdır. Kuru, malın alıcıya teslim edilmesi ile bedelin ödenmesinin normal bir durum olduğunu, aksini iddia edenin ispat etmesi gerektiği kanaatindedir. Bkz. Kuru, **Usul**, s. 1370, 1385. Taşpınar ise Yargıtay’ın görüşünü isabetli bulmaktadır ve bu durum normal bir durum olmakla beraber yasal bir düzenleme söz konusu olduğundan normal durum ölçütünden hareket etmeye gerek bulunmamaktadır kanaatindedir. Bkz. Taşpınar, **a.g.m.**, s. 555. Umar, Yılmaz, bu kuralın karine olarak kabul edilmesini hatalı bulmaktadır. Yazarlara göre, bu hüküm bir karine koymamakta, sadece satış sözleşmesinin taraflara ne gibi borçlar yüklediğini göstermektedir. Bkz. Umar, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 244.

⁷⁵² HGK, 12.3.2003, E. 2003/3-118, K. 2003/158 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁵³ Havale ödeme aracı olarak kullanılabilir. Havale ile iki ayrı borç ödenmektedir. Havale eden havale edilene karşı alacaklı ve havale alıcısına karşı da borçlu olduğu takdirde, havaleyle havale

yapıldığına dair kanunda düzenlenmiş bir karine bulunmamaktadır. Havale çeşitli maksatlarla yapılabilmektedir. Havalenin ödeme maksadıyla yapılmasına dair kabul edilen karine, bir fiili karinedir. Nişanlılık döneminde verilen eşyalar, paralar, altınlar hediye olarak kabul edilir. Nişanlılık dönemindeki havalede, gönderilen paranın hediye olduğuna dair fiili karineye üstünlük tanımak gerekmektedir. Bahsi geçen kararda, nişanlılık dönemindeki havalenin hangi maksatla yapıldığına yönelik uyuşmazlıkta, karşı oyun görüşünü desteklemekteyiz.

İyiniyete kanunun sonuç bağladığı durumlarda iyiniyetin varlığının tespitinde fiili karinenin kullanılacağına dair kararlar da bulunmaktadır. Yolsuz tescile dayanarak aynı hak iktisap eden kişinin iyi niyetli olup olmadığının tespitinde temlik edenin davalıya akrabalık ilişkisinin bulunup bulunmadığı, taşınmazın el değiştirmesinde çok kısa sürede intikallerinin yapılması, değerinin çok altında bir bedelle satılması, tarafların aynı yerde ikamet etmeleri gibi fiili karinelere yararlanılabileceği ifade edilmiştir⁷⁵⁴. Burada bahsedilen vakıalar, fiili karinelere daha çok, emare vakıalardır ve emare ispatıyla iyiniyetin varlığına dair sonuç çıkarılmaya çalışılmaktadır.

Merkezi adres kayıt sistemi kullanılmaya başlanmadan önce, kişilerin gerçek yerleşim yeri tespit edilemediği takdirde nüfus müdürlüklerindeki adres kayıtları esas alınmaktaydı ve nüfus siciline kayıtlı olunan yer, yerleşim yeri bakımından fiili karine teşkil etmekteydi⁷⁵⁵. Artık merkezi adres kayıt sistemi (MERNİS)

edenin havale alıcısına borcu ödendiği gibi havale edilenin havale edene karşı olan borcu da ödenmiş olmaktadır. Havale yoluyla havale eden havale alıcısına bir kredi açabileceği gibi havale edilenin de kendisine kredi açmasını sağlayabilir. Havale bağışlama maksadıyla da yapılabilir. Bkz. Zevkiler, Gökyayla, **a.g.e.**, s. 635.

⁷⁵⁴ 8. HD, 28.2.2005, E. 2005/915, K. 2005/1475; 8. HD, 5.2.1998, E. 1997/4427, K. 1998/599 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁵⁵ Karşılı, **Medeni Muhakeme**, s. 265; Kuru, **Usul**, s. 2009. “*Medeni Kanununun 361 . maddesi, vesayete ilişkin davaların mahcurun ikametgahının bulunduğu yer mahkemesinde bakılacağını hükme bağlamıştır. Buradaki yetki kesindir. Hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınması da gerekmektedir. İkametgah bir kimsenin yerleşmek niyetiyle oturduğu yerdir. (MK. m .19) Nüfusa kayıtlı olunan yerde karine olarak ikametgahtır.*” 2. HD., 10.3.2000, E. 2000/1206, K. 2000/3123 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). “*İkametgah kişinin yerleşmek amacıyla oturduğu yerdir (M.K. 19). Nüfus Kanununun 4. maddesi uyarınca nüfus kayıtları ikametgaha karinedir. Ancak bu karinenin aksi her türlü delil ile belirlenebilir.*” 2. HD., 26.6.1998, E. 1998/6904, K. 1998/8155 (Yasa Hukuk Dergisi, 23/2, 2000, s. 942). Yargıtay Almanya’da işsizlik sigortasından yardım görmeyi orada oturduğuna dair karine kabul etmektedir “*Almanya’da işsizlik sigortasından yardım görmek, kişinin*

kullanıldığından, Yargıtay, bu kayıt sistemindeki adresin yerleşim yerine karine teşkil ettiğini kabul etmektedir⁷⁵⁶. Adres kayıt yönetmeliğinin 13. maddesinde, yerleşim yerinin merkezi adres kayıt sistemindeki beyana göre belirleneceği ifade edilerek, yönetmelikte bir kanuni karineye yer verilmiştir.

Vekilin, müvekkilinin talimatı ile hareket ettiğine dair fiili karine⁷⁵⁷, uzun süreli ve çekişmesiz süregelen fiili zilyetliğin mirasın taksimine dair fiili karine⁷⁵⁸, sözleşmede faal içkili gazino ibaresinin işyerinin bütün demirbaşlarıyla kiralandığına dair fiili karine⁷⁵⁹, zararın imal edilen malın kullanımından kaynaklandığına dair fiili karine⁷⁶⁰ de Yargıtay'ın kararlarında gördüğümüz diğer örneklerdir.

Almanya'da oturduğuna ve yurda kesin dönüş yapmadığına kuvvetli bir delil ve karine oluşturur. Ancak bu karinenin aksi belirecek somut olayın özellikleri de göz önünde tutularak aynı güçte delillerle kanıtlanabilir.” HGK, 28.4.1999, E. 1998/10-805, K. 1999/ 252 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁵⁶ “1587 Sayılı Nüfus Kanununun 28. maddesi 21.10.2003 gün ve 4992 Sayılı Kanunun 1. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış, 5490 Sayılı "Nüfus Hizmetleri Kanunu"nda buna ilişkin bir hükme yer verilmemiş olduğundan; artık nüfusa kayıtlı olunan yerin yerleşim yerine karine olmasına ilişkin kuralın dayanağı kalmamıştır. 5490 Sayılı Kanunun 7/g ve 50. maddesi gereğince kişilerin yerleşim yeri adreslerinin nüfus aile kütüklerine bildirilmesi ve buna uygun adres kayıt sistemi tutulması zorunluluğu vardır. Bu merkezi adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresi aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir (Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik md.13)” 2. HD., 21.12.2010, E. 2009/17619, K. 2010/21595 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Merniste kayıtlı adresin yerleşim yerine karine teşkil ettiğine dair bkz. “Kişilerin adres kayıt sistemindeki adresleri kendi beyanlarına dayanır (Adres Kayıt Sistemi Yönetmeliği md. 13) ve adres beyan formundaki bildirimler aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir (Yönetmelik md. 13/1). Bu düzenlemelere göre merkezi adres kayıt sisteminde gösterilen yer yerleşim yerine karine oluşturur.” 2. HD., 3.6.2010, E. 2010/6781, K. 2010/10982 (Legal HD 2010/91, s. 2475-2476).

⁷⁵⁷ “Davalı yüklenicilere ait arsa paylarının arsa sahibi tarafından üçüncü şahıslara vekil sıfatıyla yapılan satışlarda gösterilen değerlerin, müvekkilin talimatına uygun olduğu karinedir. Bunun aksinin, davalı yüklenici tarafından kanıtlanması gerekir.” 15. HD, 7.11.2007, E. 2006/6240, K. 2007/7031 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁵⁸ “Uzun süreli ve çekişmesiz süregelen fiili zilyetliğin taksimin karinesi olarak kabul edilmesi gerektiğinde duraksamamak gerekir.” 17. HD., 3.7.2001, E. 2001/2096, K. 2001/4583 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁵⁹ “Kiralanan şeyin cinsi içkili gazino olduğuna ve kiralanan şeyin şimdiki durumu sözleşmede "faal içkili gazino" olarak yazıldığına göre burada kiralayan davalılar lehine iş yerinin bütün demirbaşlarıyla davacıya kiralandığına dair fiili karine vardır. Bu karinenin aksini iddia eden davacının içkili gazino olan iş yerine diğer bazı demirbaşları sonradan kendisine getirildiğini, özellikle bilirkişinin eşya tespit raporunda yazılı olanların kendisine ait olduğunu ispat etmesi gerekir.” 14. HD, T. 29.1.2007, E. 2006/13905, K. 2007/628 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁶⁰ “Zarar görenin BK.'nun 41. maddesinde ifade edildiği üzere, zarar verenin kusurunu kanıtlamadaki yükümlülüğünün hafiflediği sonucuna varabiliriz. İmalat işinin çok komplike olması nedeniyle de, zaten zarar görenin bazı hususları kanıtlaması imkânsız olacaktır. Bundan dolayıdır ki, fiili karinenin ispat yerine geçmesi kabul edilmelidir. Zararın imal edilen şeyin kullanımından kaynaklanmadığını imalatçı kanıtlayacaktır.” HGK, T. 27.11.1996, E. 1996/4-588, K. 1996/831 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay bu kararında “fiili karinenin ispat yerine geçmesi” ibaresiyle fiili karinelerin ispatlayıcı etkisini kasetmiştir.

D. FİİLİ KARİNE İLE İLK GÖRÜNÜŞ İSPATI VE EMARE İSPATININ KARŞILAŞTIRILMASI

Fiili karinelere önce, emare ispatı ve ilk görünüş ispatını açıklayarak bu kavramları kendi aralarında karşılaştırdık. Bu karşılaştırmamızın neticesinde ilk görünüş ispatının emare ispatının bir türü olduğu sonucuna ulaştık.

Peki, kanuni karinelere farklı bir kategoride ele almış olduğumuz fiili karineler emare ispatı ve ilk görünüş ispatından farklı bir müessese midir, yoksa ilk görünüş ispatındaki gibi fiili karineleri de emare ispatı başlığı altında toplayabilir miyiz?

Türk, Alman ve İsviçre hukukunda önemli bir görüş, fiili karinelerin emare ispatının bir türü olduğu yönündedir⁷⁶¹. Bu görüşten farklı olarak, fiili karineler ile emare ispatı ve ilk görünüş ispatının farklı kurumlar olarak da kabul edildiğini

⁷⁶¹ Allner, yapılan ispat faaliyetinde kullanılan müesseseye emare ispatı ya da fiili karine denmesinin somut olayda çıkarılan bireysel sonuç açısından herhangi bir fark oluşturmadığını, her ikisinde de emare vakıalardan sonuç çıkarılarak ispatın sağlanmaya çalışıldığını ifade etmektedir. Ancak yazar, fiili karineleri emare ispatından önemli bir açıdan ayırmaktadır. Yazara göre, somut olaydan fiili karineler bağımsızlaşarak kullanılabilir. Bu durum da emare ispatından farklı olarak fiili karinelere özellik katar. Çünkü fiili karineler daha genel kural koyarak bir tür emsal karar (*praejudiz*) oluştururken, emare ispatında bireysel çıkarım genel nitelik oluşturmaz. Bkz. Allner, **a.g.e.**, s. 60. Guggenbühl de, fiili karineleri emare ispatının bir türü kabul ederken, fiili karinelerin klasik anlamda emare olmadığını, bu karinelerin kendilerine ait özel ifade gücü olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Guggenbühl, **a.g.e.**, s.18. Pekcanitez, Atalay, Özekes, fiili karine, emare ve ilk görünüş ispatında belirli vakıalardan belirli olmayan vakıa hakkında kanaat oluşumunun söz konusu olduğunu, emare ispatında birden fazla komşu vakıalardan belirsiz vakıa ispat edilmiş sayılırken, fiili karinede belirli vakıadan belirsiz vakıaya dair çıkarım yapılmakta olduğunu belirtmektedir. Nihayetinde fiili karine ilk görünüş ispatına yaklaşmakta ve her ikisi de emare ispatının kapsamı altında yer almaktadır. Bkz. Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 685; Atalay, **a.g.m.**, s. 14; Anzinger, **a.g.e.**, s. 136; Topuz, **a.g.e.**, s. 136. Anzinger, fiili karinelerin emare ispatından farklı olmadığını belirttiğinden sonra, bu kuralların soyut olarak tasvir edilmelerinden dolayı, basit tecrübe kuralı olarak emare ispatının unsuru olabileceklerini belirtmektedir. Bkz. Anzinger, **a.g.e.**, s. 136. Fiili karineler ile ilk görünüş ispatının birbirinden farklı olmadığı da savunulmaktadır. Bkz. Holzhammer, **a.g.m.**, s. 212; Atalay, **a.g.m.**, s. 14. Taşpınar, tecrübe kurallarının yardımıyla sonuç çıkardığımız her önermenin bir fiili karine teşkil ettiğini ifade etmektedir. Bkz. Taşpınar, **a.g.m.**, s. 560.

görmekteyiz⁷⁶². Hatta, emare ispatı ve ilk görünüş ispatı varken, fiili karinelerin gereksiz olduğu da ileri sürülmektedir⁷⁶³.

Fiili karineler, emare ispatı ve ilk görünüş ispatı her ne kadar teorik olarak farklılıklara sahip olsalar da, somut olayda çıkarılan sonuç bakımından aralarında pek bir farklılık yoktur. Bu açıdan, aslında birbirlerinden çok da farklı kurumlar değildir. Fiili karinelerle yapılan ispat da bir tür emare ispatıdır. Emare ispatında, emare vakıaların ispatlanmasıyla ispatlanmak istenen asıl vakıaya ulaşma çabası vardır. Fiili karinelerde de, emare vakıa ispat edilerek karine sonucuna ulaşmaya çalışılmaktadır. Her iki ispat türünde de, hakim tecrübe kurallarını kullanmaktadır.

Uygulamada, fiili karinelere hukuki niteliğinin ve olması gereken etkisinin ötesinde bir anlam yüklediğini görmekteyiz. İspat zorlukları, ispat yükünün paylaşılmasında hakkaniyetin sağlanması, kesin delille ispatın katı kurallarından kurtulmak gibi sebeplerle mahkeme kararlarında fiili karineler sıkça kullanılmaktadır. Fiili karineler emare ispatının bir türü olmakla beraber, somut olaydan bağımsızlaşarak, kendilerine özgü kullanımlarıyla genel kurallar olarak kabul edilebilir. Bu kuralların hukukla ilgileri olmasa da, hukuk kurallarının günlük hayatla bağlantısının kurulması açısından gerekli kurallardır. Netice olarak, fiili

⁷⁶² Siegrist emare ve fiili karineyi ayırmıştır. Siegrist emare ve karine kavramlarının oldukça farklı iki kavram olduklarını belirtir. Emare mantık çıkarımının desteği olarak çıkış noktasıyken, mantık çıkarımının sonucu ise karinedir. Bu bağlamda yazara göre, emareyi, tecrübe kuralından karineye dair bağlantının sağlandığı karine temeli olarak kabul edebiliriz. Bkz. Siegrist, **a.g.e.**, s. 208. Başözen ise, fiili karinelerin emare ispatı ya da ilk görünüş ispatı olarak ortaya çıkmasının fiili karinenin temelinde yer alan tecrübe kuralının kuvvetine bağlı olduğu kanaatindedir. Ancak yazara göre, genel bir kuralla fiili karinelere temel teşkil eden tecrübe kurallarının ilk görünüş ispatına temel teşkil eden tecrübe kurallarından daha basit olduğu söylenemez. Bkz. Başözen, **a.g.e.**, s. 81. Topuz, ilk görünüş ispatıyla fiili karinelerle ispatın konusunun farklı olduğunu belirtmektedir. Yazar, ilk görünüş ispatının sadece kusurun ve nedenselliğin ispatında kullanılabilirken, fiili karinelerle ispatın vakıaların ispatında kullanıldığını belirtmektedir. Bkz. Topuz, **a.g.e.**, s. 139.

⁷⁶³ Musielak, **Beweislast**, s. 58; Atalay, **a.g.m.**, s. 14. Bu görüşün temelinde fiili karinelerin yargı kararlarında yanlış kullanılması yatmaktadır. Fiili karinelerin ispat yükünün dağılımını değiştirdiği veya ispat ölçüsünü azalttığı yönünde verilen kararlarla, kanunun caiz olmayan değiştirilmesinin söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Musielak, **Beweislast**, s. 58. Prütting, Gehrlein'a göre, fiili karinenin temelindeki tecrübe kuralı yeterince güçlüyse, yer değiştiren delil ikame yüküyle ilk görünüş ispatına ilişkin kurallar uygulanabilir. Ancak tecrübe kuralları ilk görünüş ispatındaki kadar kuvvetli değilse emare ispatı söz konusu olmakta ve münferit ya da diğer emarelerle birlikte asıl vakıanın varlığına dair hakim ikna edilmeye çalışılmaktadır. Bkz. Prütting, Gehrlein, **a.g.e.**, s. 853; aynı yönde bkz. Musielak, **Beweislast**, s. 58. Atalay da fiili karine kavramını gerekli bulmamakta, basit emare ispatı ve kuvvetli emare ispatının yapılmasını yeterli görmektedir. Bkz. Atalay, **a.g.m.**, s. 14.

karinelerin ve ilk görünüş ispatının emare ispatı olduğunu, ancak fiili karinelerin emare ispatından ve ilk görünüş ispatından bazı farklılaşan noktalarının bulunduğunu kabul etmekteyiz.

Karinelere ilişkin açıklamalarımızın ardından, TTK m. 21/2'deki karine kapsamında ele aldığımız faturanın hukuki niteliği bölümüne geçebiliriz.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

FATURANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

ÇALIŞMANIN SINIRI

Tezimizin üçüncü bölümünde, ticari hayatta önemli bir yere sahip olan faturayı hukuk muhakemesi kapsamında ele alacağız. Çalışmamızda faturayı tüm yönleriyle incelemeyip, bu belgenin ispat hukukundaki yerine, bilhassa TTK m. 21/2’de yer alan karine kavramı açısından faturanın hukuki niteliğine değineceğiz. Bu anlamda tezimizde VUK’na göre fatura, fatura çeşitleri, fatura yerine geçen belgeler, fatura kullanma mecburiyeti, faturanın nizamı, faturadan doğan hukuki ve cezai sorumluluklar üzerinde durulmayacaktır.

I. GENEL OLARAK FATURA

TTK’da faturaya dair bir tanım bulunmamakla beraber, VUK’da faturaya yönelik tanım yer almaktadır. VUK m. 229’a göre: “*Fatura, satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblağı göstermek üzere emtiayı satan veya işi yapan tüccar tarafından müşteriye verilen ticari vesikadır.*” Doktrinde de fatura, tacirin ticari işletmesinin temel işlemlerini belgelendiren, işlemlerin takibini sağlayan, muhasebe kayıtlarının belgelendirilmesinde ve vergilendirme işlemlerinde tevsike yarayan, maliyeye ve işlem yaptığı kimselere karşı ispat için delil olarak kullanılan ticari bir belge olarak da tanımlanmaktadır⁷⁶⁴. Yargıtay da faturayı “*Ticari satışlarda satıcı tarafından alıcıya verilen ve satılan malın miktarını, vasıflarını, ölçüsünü, fiyatını ve sair hususları veya ifa edilmiş hizmetleri gösteren hesap pusulası olup, ticari bir belge*” olarak tanımlamaktadır⁷⁶⁵. Alman hukukunda da fatura⁷⁶⁶, teslim ve ifa işlemleri sürecinde, alacaklı tarafından borçluya karşı hazırlanmış, borç toplamının yazılı olduğu bildirim olarak tanımlanmaktadır⁷⁶⁷.

⁷⁶⁴ Oğuz Kürşat Ünal, **Fatura ve Teyit Mektubu**, 5. bs., Ankara, Bilge Yayınevi, 2013, s. 11.

⁷⁶⁵ İBK, 27.06.2003, E. 2001/1, 2003/1 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁶⁶ Rechnung, Berechnung, Abrechnung, Faktura. Alman hukukunda faturanın *deklaratorische* (açıklayıcı) ve *konstitutive* (kurucu) olmak üzere iki işlevi ele alınmaktadır. Kurucu işlevde, önceki

VUK'da fatura m. 229- 232'de düzenlenmiştir. Bu maddelerde faturanın tarifi, şekli, nizamı, kullanma mecburiyeti yer almaktadır. Ticaret Kanununda faturanın düzenlenişi ile Vergi Usul Kanununda düzenlenişinin biçimi, gayesi ve sonuçları farklıdır⁷⁶⁸. TTK'da fatura, diğer vergi mükelleflerine göre daha fazla özen göstermesi gereken tacir ve onun ticari işletmesi nazara alınarak düzenlenmiş, VUK'da ise tacir ve bir ticari işletmeyle ilgili olsun olmasın tüm vergi mükellefleri nazara alınarak TTK'dan daha geniş olarak ele alınmıştır⁷⁶⁹. Bundan dolayı da, VUK'da sayılan fatura unsurlarının faturada yer almaması, faturayı düzenleyen vergi ilişkisi bakımından önem taşımakla beraber TTK m. 21'in uygulanmasına bir engel oluşturmamaktadır⁷⁷⁰. VUK m. 230 hükmünde belirtilen kayıtlardan birinin faturada eksik olması halinde düzenlenen belgenin VUK bakımından fatura olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁷⁷¹. Ancak aşağıda görüleceği üzere, VUK bakımından gönderilen belge fatura niteliğini taşımasa dahi, TTK açısından söz konusu belge fatura olarak kabul edilebilir ve ispat hukuku açısından etkilerini gösterebilir⁷⁷².

6102 sayılı TTK'da çalışmamızın faturaya ilişkin kısmının temelini *Tacir Olmanın Hükümleri* başlığı altında yer alan 21. madde oluşturmaktadır. Maddenin birinci fıkrasına göre : “*Ticari işletmesi bağlamında bir mal satmış, üretmiş, bir iş görmüş veya bir menfaat sağlamış olan tacirden, diğer taraf, kendisine bir fatura verilmesini ve bedeli ödenmiş ise bunun da faturada gösterilmesini isteyebilir.*”

sözleşme ilişkisinde bağlayıcı bir borç toplamı belirlenmemişken, hesaplanan meblağın gönderilmesi ile borçluya bildirim sağlanmaktadır. Açıklayıcı işlevde ise bilinen fiyatların yazılı bildirim yapılmaktadır. Bkz. Werner Rother, “Die Bedeutung der Rechnung für das Schuldverhältnis”, *AcP*, 164 (1964), s. 98.

⁷⁶⁷ Rother, *a.g.m.*, s. 97. Alman hukukunda fatura bir malın müşterisine ya da bir edimin alacaklısına doğmuş borcun cins ve miktarı hakkında gönderilen yazılı bir beyan olarak tarif edilmektedir. Bkz. Arslanlı, *a.g.e.*, s. 43.

⁷⁶⁸ Zeynel Balkız, “Hukukumuzda Faturalar ve İspat Kuvveti”, *Manisa Barosu Dergisi*, 1984, Y.3, S. 11, s. 8; Ünal, *a.g.e.*, s. 15.

⁷⁶⁹ Ünal, *a.g.e.*, s. 15.

⁷⁷⁰ İsmail Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C. I, 4. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2004, s. 213.

⁷⁷¹ Ünal, *a.g.e.*, s. 45-46. Usulsüzlük cezasını gerektirebilir. Bkz. Doğanay, *a.g.e.*, s. 213.

⁷⁷² Bkz. Fatura Şekil Şartlarına Uygun Olmalı. VUK m. 231'de faturanın azami yedi gün içerisinde düzenlenmesi gerektiği ve bu sürede fatura düzenlenmezse, hiç düzenlenmemiş sayılacağı ifade edilmiştir. Ancak TTK açısından bu süre zarfında düzenlenmemiş olan fatura düzenlenmemiş sayılmayacaktır. Bkz. Oğuz Kürşat Ünal, “Türk Hukukunda Fatura Kavramı ve Hukuki Mahiyeti”, s. 10. (Çevrimiçi) webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1_2_4.pdf Son erişim tarihi 07.05.2014.

Kanun metninde, *bir mal satılması, bir mal üretilmesi, bir iş görülmesi ve bir menfaat sağlanması* durumlarında fatura verilebileceği düzenlenmektedir. Tacirin bu işlemleri ticari işletmesiyle ilgili olarak yapmış olması gerekmektedir. Tacir ticari işletmesiyle ilgili olarak yaptığı bu işlemlerinde, diğer taraf tacir olmasa da, onun talebi doğrultusunda fatura verme mecburiyetindedir⁷⁷³.

Ticari hayatta, peşin alışverişler için düzenlenen ve en çok kullanılan basit (adi, klasik) fatura, komisyoncu aracılığıyla yapılan mal alımlarında kullanılan komisyoncu alış faturası, esas itibariyle fatura olmayan asıl faturanın kısmen veya tamamen kabul edilmediğini malın iadesini göstermek amacıyla hazırlanan iade faturası⁷⁷⁴, ticari emtianın bir yerden başka bir yere nakli sırasında düzenlenmesi ve emtia ile bulundurulması zorunlu olan irsaliyeli fatura, alıcı ve satıcının iki ayrı ülkede olması durumunda satıcının gümrük işlemlerini kolaylaştırmak adına düzenlenen tasdikli (konsolosluk) fatura, siparişi yapılan ancak teslimi henüz yapılmamış ticari işlemlerin gösterildiği geçici (muvakkat) fatura ve son olarak fiili karineler açısından ele alacağımız kapalı ve açık fatura olmak üzere faturanın türleri bulunmaktadır⁷⁷⁵. TTK m. 21/2’de yer alan karinenin uygulanabildiği fatura ise esas itibariyle basit faturadır.

Faturaya ilişkin olarak, genel anlamda birkaç hususa değindikten sonra, faturanın hukuki niteliğine geçebiliriz.

⁷⁷³ Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 15. bs., Ankara, Sözkesen Matbaacılık, 2011, s. 148.

⁷⁷⁴ “*Dava konusu uyumsuzlukta da olduğu gibi, davalı şirket kendisine tebliğ edilen iade faturasına süresinde itiraz etmediği gibi, iade işlemi kabul etmiş kendi ticari defterlerine davacı lehine işleyerek, bilet bedelinin iadesini kabul etmiş bulunmaktadır, bu durumda davacı iddiasının, TTK.’nun 84 ve 85. maddeler hükümleri gereğince kanıtlanmış olduğunun kabulü gerekir.*” 11. HD, 4.11.2002, E. 2002/5380, K. 2002/9954 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁷⁵ Fatura çeşitlerine dair bkz. Ünal, **a.g.e.**, s. 16-32; Turgut Sengir, Haydar Taray, “Ticari Satışlarda İsbat Vasıtalarından Fatura”, **İBD**, S. 1-2, 1968, s. 4. Proforma fatura sözleşmenin oluşma safhasıyla ilgilidir ve bilgi vermek, icaba davet ya da icapta bulunmak maksadıyla kullanılır. Bkz. Arkan, **a.g.e.**, s. 147, dn. 4; sözleşmenin akdinden önce malın fiyatını, özelliklerini vs. göstermek amacı ile düzenlenerek gönderilen proforma fatura icap niteliğindedir. Bkz. Hüseyin Ülgen, Ömer Teoman, Mehmet Helvacı, N. Füsün, Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, 3. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 224. Bu yüzden faturaya yönelik olarak düzenlenen m. 21/2’deki karine proforma faturalar için uygulanmaz.

II. FATURANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Faturanın hukuki niteliğinin analizinde, faturaya dair TTK'nın düzenlediği karinenin, faturanın ispat kuvveti açısından etkisinin ne olacağını incelememiz gerekmektedir. Karinenin uygulanacağı fatura ile karinenin uygulanamayacağı faturanın delil niteliğini ele alacağız. Ayrıca, faturanın gerek faturayı düzenleyen tarafın lehine ve aleyhine, gerekse faturanın adına düzenlendiği tarafın lehine ve aleyhine delil teşkil edip edemeyeceğini, faturaya itiraz edilmemesinin etkisinin ne olduğunu, bir karinenin ispat kuralı niteliğinde olup olamayacağını tartışacağız.

A. TTK M. 21/2'NİN KANUNİ KARİNE OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

Tezimizin temel konusu olan karine ile üçüncü bölümümüzün bağlantı noktası olan TTK m. 21/2'nin metni şu şekildedir: “*Bir fatura alan kişi aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde, faturanın içeriği hakkında bir itirazda bulunmamışsa bu içeriği kabul etmiş sayılır*”⁷⁷⁶. Bu maddenin, faturaya ilişkin aksi ispat edilebilen bir karine düzenlediğine dair doktrinde görüş birliği bulunmaktadır⁷⁷⁷.

Karinenin faturayı gönderen taraf-genel olarak alacaklı- ve faturayı alan taraf-genel olarak borçlu- olarak iki tarafı bulunmaktadır. Faturaya ilişkin karine ve faturanın delil niteliği sadece ilgililer arasında geçerlidir (alan, satan veya bir iş yahut

⁷⁷⁶ Bu maddenin Alman ticaret kanunu HGB'de karşılığı bulunmamaktadır.

⁷⁷⁷ Arkan, **a.g.e.**, s. 151; Ünal, **a.g.e.**, s. 129; Balkız, **a.g.m.**, s. 14; Reha Poroy, Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, 14. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 145; Oğuz İmregün, **Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri**, İstanbul, Yasa Yayıncılık, 1989, s. 55; Rıza Ayhan, Mehmet Özdamar, Hayrettin Çağlar, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, 4. bs. Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s. 100; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 224; İrfan Baştuğ, Ercüment Erdem, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1993, s. 92; Fahiman Tekil, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, Bilmen Basım, 1990, s. 129; Mehmet Özdamar, “Yargıtay Kararları Işığında Fatura İçeriğine İtiraz”, **ABD**, 1966, S. 1, 2008, s. 227; Emine Özdamar, “Faturanın Delil Niteliği”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, S. 73, 2012, s. 47. Postacıoğlu da, aksi ispat edilip edilemediğini belirtmeden, fatura içeriğinin müşteri tarafından kabul edilmiş olduğu hakkında karine meydana geldiğini ifade etmektedir. Bkz. Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 575.

hizmet ifa eden) ve üçüncü şahıslar için fatura delil kuvvetinde bulunmamaktadır⁷⁷⁸. Faturayı alan kişinin faturayı aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde faturanın içeriği hakkında bir itirazda bulunmamış olması karine temeli teşkil ederken, faturanın içeriğinin kabul edilmiş sayılması da karine sonucunu oluşturmaktadır. Faturanın alındığı tarihten itibaren sekiz gün içinde itiraz edilmediği ispat edildiğinde⁷⁷⁹, fatura içeriğinin kabul edildiğinin artık ispat edilmesine gerek kalmayacaktır. Zira, kanun, karine temelini teşkil eden bu vakıanın bilinmesinden, bilinmeyen kabul edilme sonucunu çıkarmaktadır. TTK m. 21/2’de düzenlenen bu karine bir olay karinesidir. Çünkü, karine sonucunda fatura içeriği kabul edilmiş sayılarak bir olayın, fiili sürecin mevcudiyetinin kabulü sağlanmıştır. Bir hakkın ya da hukuki ilişkinin kabulü söz konusu değildir.

TTK m. 21/2 alacaklının lehine getirilmiş bir karinedir. Çünkü borçlunun süresinde itiraz etmemesi üzerine, alacaklı, faturanın sözleşmeye uygun olduğuna, faturada yer alan borç, mal ve hizmet miktarına, türüne, bedel ve tutarın kabul edildiğine -bedelin ödendiği kaydı faturada yer almıyorsa- ilişkin ispat yükünü taşımamaktadır. Fatura gönderilmesi, borç miktarını borçluya bildirme ve denetleme imkanı sağladığı için borçlu açısından da faydalı olabilmektedir⁷⁸⁰.

TTK m. 21/2’deki kuralın aksi ispat edilebilen bir olay karinesi olduğunun kabulünün ardından, karinenin hangi şartlarla uygulanabileceğine dair doktrin yapmış olduğu belirlemeleri ele alalım.

⁷⁷⁸ Bkz. Salter Uçar, **Hukukumuzda Ticaret Sicili Tacir ve Esnaf Kavramı**, İstanbul, Alfa Basım, 1993, s. 47; Doğanay, **a.g.e.**, s. 218; Ünal, **a.g.e.**, s. 168. Üçüncü kişinin bu durumda tanık olarak dinlenmesi uyuşmazlığın çözümünde faydalı olabilecektir. “*Davacının şahit listesinde adı geçen Dilek duruşma sırasında ifadesinde, dava konusu halıların davacıya ait olduğunu söylemiş ve bu halılardan iki tanesinin bir yıl önce (Ahmet ismindeki) halıcıdan satın alındığını açıklamıştır. Bu durum karşısında toplanan deliller mahkemeye hükme yeterli görülmediği takdirde HUMK m. 75 hükmü gözönünde tutularak faturayı veren Ahmet’in de şahit olarak dinlenmesi...*” Kuru, **Usul**, s. 2023.

⁷⁷⁹ “*Takip dayanağı faturaların borçlu davalıya tebliğ edildiği, itiraz edilmeksizin içeriğinin kesinleştiği ya da ticari defterlerine işlenmek suretiyle davalı yanca benimsendiği davacı alacaklı tarafından kanıtlanamamıştır.*” 14. HD., 13.11.2012, E. 2012/12640, K. 2012/13197 (Karar yayımlanmamıştır).

⁷⁸⁰ Rother, **a.g.m.**, s. 98. Alman hukukunda m. 21/2’deki anlamda bir karine olmamakla beraber, alacaklı için de fatura gönderilmesi faydalıdır. Hesap taleplerinin muhasebe tablosunun dayanağı olarak borç toplamını sabitlemeye yaradığından, faturanın alacaklının muhasebe kayıtları için faydalı bir belge olduğu belirtilmiştir. Bkz. Rother, **a.g.m.**, s. 98.

B. TTK M. 21/2'DE YER ALAN KARİNENİN UYGULANMASI İÇİN GEREKEN ŞARTLAR

1. Taraflar Arasında Geçerli, Temel Bir Borç İlişkisinin Olması

Faturanın bir delil olarak kabul edilebilmesi ve TTK m. 21/2'deki karinenin uygulanabilmesi için taraflar arasında mutlaka temel, geçerli bir akdi ilişkinin bulunması gerekmektedir⁷⁸¹. Fatura tek başına akdi ilişkinin ispatına elverişli değildir⁷⁸². Keza fatura akdin kuruluş safhasıyla değil, ifa safhasıyla ilgili bir belgedir⁷⁸³. Bundan dolayı da faturanın düzenlenip karşı tarafa gönderilmesi ve karşı

⁷⁸¹ Ünal, **a.g.e.**, s. 133; Balkız, **a.g.m.**, s. 13; Arkan, **a.g.e.**, s. 149; Hayri Domaniç, "Fatura ve İspat Kuvveti", **BATIDER**, C.III, S. 4, 1966, s. 224; Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, **Ticaret Hukuku Dersleri**, Bursa, Dora Basım, 2012, s. 95; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 43; Doğanay, **a.g.e.**, s. 218-219; Ayhan, Özdamar, Çağlar, **a.g.e.**, s. 99; Cemil Alver, **Ticaret Kanunu Genel Esaslar: açıklamalı-ıçtihatlı**, Ankara, Beyda Ofset, 1988, s. 49; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 225; Gönen Eriş, **Ticari İşletme ve Şirketler**, C. I, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 1148; Sami Karahan, "Fatura ve Faturaya İtiraz", **Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan**, İstanbul, Alkim Yayınları, 2007, s. 686; Özdamar, **a.g.m.**, s. 220; Bilgili, Demirkapı, **a.g.e.**, s. 95; Özdamar, E., **a.g.m.**, s. 43; Yavuz Selim Şener, "Fatura ve İspat Vasıtası Olma Özelliği", **Legal Mali Hukuk Dergisi**, S. 4, 2005, s. 1035. "... *Bu yasal düzenlemelerden çıkan sonuç; fatura düzenlenmesi için öncelikle taraflar arasında akdi bir ilişkinin bulunmasının gerekli olduğu olgusudur. Ticari işletmeye ilişkin olarak ve belli faaliyetlerde bulunma halinde tacirler tarafından o faaliyetle ilgili olan karşı taraf adına düzenlenmesi gereken ticari bir belge niteliğindeki fatura, sözleşmenin yapılması ile ilgili değil; taraflar arasında yapılmış bir satım, hizmet istisna ve benzeri sözleşmenin ifa safhası ile ilgili bir belgedir. Öyle ki, taraflar arasında bu tür bir sözleşme ilişkisi yoksa düzenlenen belge fatura olmayıp, olsa olsa icap mahiyetinde kabul edilebilecek bir belgedir ve elbette bu belgeye itiraz edilmemesinin TTK.nun 23/2. maddesi anlamında sonuç doğurması da beklenemez.*" İBK, 27.06.2003, E. 2001/1, K. 2001/1. "6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu 23. maddesi hükmünce 8 gün içinde itiraz edilmemesi halinde fatura içeriğinin kesinleşmesi kuralının **ancak akdi ilişkinin varlığı halinde uygulanması mümkün olup, somut olayda sözleşmeler dışı fazla imalâta dayanıldığından itiraz edilmemesi halinde fatura içeriğinin kesinleştiğinden sözedilemez.**" 15. HD., 26.3.2013 E. 2013/745 K. 2013/2043 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde bkz. HGK, 14.3.1980, 978/11-1147.980/1418; 11. HD., 23.10.1983; 983/1639-1717 (Uçar, **a.g.e.**, s. 49).

⁷⁸² "Davalı akdi ilişkiyi inkar etmiştir. **Fatura tek başına akdi ilişkisinin ispatına elverişli değildir. Bu durumda davacının davalıya motorin sattığını usulen kanıtlaması gerekir.**" 19. HD., 07.04.2004, E. 2003/5758, K.2004/4015 (Yargı Dünyası, 2004, 4/199). 19. HD., 12.12.2005, E. 2005/3425, K. 2005/12441 (Yargı Dünyası, 2006, 125/94). "Akdi ilişkisi kanıtlanamadıkça tek başına fatura düzenlenmesi ve buna yasal sürede itiraz edilmemesi akdi ilişkinin kabulüne olanak vermez." 19. HD., 28.11.2008, E. 2008/2791, K. 2008/11670 (İBD, S. 3, 2013, s. 457-458)

⁷⁸³ Balkız, **a.g.m.**, s. 10; Ayhan, Özdamar, Çağlar, **a.g.e.**, s. 99; Özdamar, **a.g.m.**, s. 220; Domaniç, **a.g.m.**, s. 224; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 143; Karahan, **a.g.m.**, s. 686; Özdamar, E., **a.g.m.**, s. 43; Yaşar Karayalçın, **Ticaret Hukuku**, 3. bs., Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, 1968, s. 224; Arkan, **a.g.e.**, s. 149; fatura edimlerin ifası aşamasında düzenlenir ve edimlerin içeriğini gösterir Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 224; Bilgili, Demirkapı, **a.g.e.**, s. 94. Fatura teyit mektunundan bu noktada ayrılır.

tarafın bu faturanın içeriğine itiraz etmemiş olması, akdi ilişkinin mevcut olduğunu göstermez ve alacak hakkı doğurmayıp karşı tarafı borç altına sokmak için yeterli olmaz⁷⁸⁴. Nitekim faturanın önemi ve amacı sözleşmenin konusuna giren hükümleri tespit etmek değil, tespit edilen şartlara göre sözleşmenin icrasını göstermektir⁷⁸⁵. Keza, faturadan doğan sorumluluk akid dışı bir sorumluluk değil, akdi bir sorumluluktur⁷⁸⁶ ve tazminat niteliğindeki alacaklar faturanın konusunu teşkil etmemektedir⁷⁸⁷.

Karşı taraf akdi ilişkiyi inkar ederse, faturayı gönderen taraf m. 21/2'deki karineden faydalanamaz ve akdi ilişkiyi ispat etmesi gerekir⁷⁸⁸. Ancak, faturayı alan taraf, faturaya itiraz etmemesine rağmen, fatura bedelini ödediğini, borcunun

Teyit mektubu, faturanın aksine sözleşmenin icra safhasına ilişkin değildir. Akdin esaslı şartlarını, karşılıklı irade uyumunu ihtiva eder. Bkz. Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 150.

⁷⁸⁴ Eriş, **a.g.e.**, s. 1148; Doğanay, **a.g.e.**, s. 219; Ünal, **a.g.e.**, s. 172. “İş sahibi olan davalı akdi ilişkiyi inkar etmiştir. Bu ilişkinin varlığı (HUMK.nun 288.maddesi gereğince)davacı yüklenici tarafından senetle ispat olunamamıştır. Fatura düzenlenmesi ve **itiraza uğramamış olması tek başına akdi ilişkinin varlığının ispatı için yeterli değildir. Uyuşmazlık konusu miktara göre de hukuki işlem tanıkla ispat olunamaz. Ancak davacı dava dilekçesinde "her türlü delil" demek suretiyle yemin deliline de dayanmış sayılacağından davacıya bu hakkı hatırlatılmalı ve sonucuna uygun bir karar verilmelidir.**” 15. HD, 1.2.2005, E. 2004/ 3644, K. 2005/398 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁸⁵ Balkız, **a.g.m.**, s. 11; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 43. Alman hukukunda akdin kurulma safhasıyla kurucu fatura ilgiliyken, kurulmuş olan akdin ifa safhasıyla açıklayıcı fatura ilgilenmektedir. Keza açıklayıcı fatura daha önce tarafların neyi anlaşmış olduklarını gösterir. Bundan dolayı da böyle bir faturanın gönderilmesi irade açıklaması değil, sadece bir bildirimdir. Alacaklının her zaman bu bildirimden dönebilme, bildirimini değiştirebilme imkanı vardır. Uyuşmazlık halinde, borçlu da faturada yer alan meblağla bağlı değildir. Bkz. Rother, **a.g.m.**, s. 116.

⁷⁸⁶ Akev, Yargıtay'ın faturadan doğan sorumluluğun kanundan doğan bir sorumluluk olduğuna dair verdiği kararı eleştirmekte ve faturanın temelinde bir sözleşmenin yer alması gerektiğinden faturadan doğan sorumluluğun sözleşmesel sorumluluk olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. Sahir Talat Akev, “Faturadan Doğan Sorumluluk-Eksik Teselsül”, **BATIDER**, c.6, 1971-1972, s. 404. Sözleşme dışı işlerde faturaya ilişkin karinenin uygulanabilmesi için sözleşme dışı yapılan işe dair çekişmenin olmaması gerektiğini, aksi takdirde, sözleşme dışı iş için faturaya yönelik karineye dayanılmayacağını Yargıtay kabul etmektedir. “Sözleşme dışı işin yapılarak, teslim edildiği itirazsız kabul olunduğu, çekişmesiz ise, bu işlerin bedelini içerir faturaların karşı tarafa yani işi yaptıranı tebliğ edilmiş olmasına karşın Türk Ticaret Kanunu'nun 23/2. madde hükmünde öngörülen (8) günlük süresi içinde itiraz olunmaması durumunda, sözleşme dışı işlerin bedelinin doğruluğuna yönelik olarak, tarafların iradeleri birleşmiş olacağından, kesinleşen fatura kapsamındaki iş bedeli tarafları bağlayıcı olur.” 15. HD., 9.6.2008, E. 2007/ 3090, K. 2008/3800 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). “Söz konusu faturadaki işler sözleşme dışı olduğu için davacı yüklenicinin bunların bedeline hak kazanabilmesi için kendisi tarafından yapıp teslim edildiğini ve bu imalatların iş sahibi yararına olduğunu kanıtlaması zorunludur. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu 23. maddesi hükmünce 8 gün içinde itiraz edilmemesi halinde fatura içeriğinin kesinleşmesi kuralının ancak akdi ilişkinin varlığı halinde uygulanması mümkün olup, somut olayda sözleşmeler dışı fazla imalâta dayanıldığından itiraz edilmemesi halinde fatura içeriğinin kesinleştiğinden sözedilemez.” 15. HD., 26.3.2013, 26.3.2013 E. 2013/745, K. 2013/2043 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁸⁷ 11. HD, E.1968/3605, K. 1968/4337. (Eriş, **a.g.e.**, s. 279).

⁷⁸⁸ Karahan, **a.g.m.**, s. 687. 19. HD., 18.12.2008, E. 4837/K. 12227 (Eriş, **a.g.e.**, s. 1156).

kalmadığını iddia ederse, temel borç ilişkisini ikrar etmiş olacaktır⁷⁸⁹. Taraflar arasındaki sözleşme geçersizse, düzenlenen belge fatura niteliğinde sayılmadığı gibi, itiraz edilmemesi de m. 21/2'deki sonucun doğmasına pekala sebep olamaz⁷⁹⁰.

Fatura, akdin kuruluş safhasıyla ilgili değil de ifa safhasıyla ilgili bir belge olduğundan ve faturanın olağan içeriğine sözleşmenin kurucu şartlarına ilişkin kayıtlar dahil olmadığından, sözleşmenin kurucu şartlarına ilişkin bir düzenlemeye faturada yer verildiğinde, bu düzenlemeler için m. 21/2'deki karine etkili olmamaktadır. Şimdi, bu kuralla bağlantılı birkaç hususa değinmek istiyoruz. Sözleşmede bir bedel belirlenmemişse ve bedel gönderilen faturada belirlenmişse, karşı tarafın sekiz gün içerisinde faturaya itiraz etmemesi bu bedelin kabul edildiği anlamına gelecek midir? Ya da sözleşmede belirlenen bedel, daha sonra gönderilen faturayla artırıldığında, karşı tarafın faturaya itiraz etmemesi ve faturaları ticari defterlerine kaydetmesi durumunda, artırılan bu bedelin kabul edildiği sonucuna varılacak mıdır?

Bu sorulara cevap vermeden önce, sözleşmenin kurucu safhasında hangi hususların belirlenmesi gerektiğinin üzerinde duralım. TBK m. 2/1'de *taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır* hükmü yer almaktadır⁷⁹¹. Bu hüküm uyarınca bahsedilen esaslı noktaların, objektif yönden esaslı noktalar –satış

⁷⁸⁹ “Faturalara dayalı olarak borçlu hakkında ilamsız takip yapılmaktadır. Her ne kadar faturalar İİK'nın 68/1'inci maddesinde yazılı borç ikrarını havi belgelerden değil ise de, borçlu, taraflar arasındaki hukuki ilişkiye, fatura muhteviyatına yönelik bir itirazda bulunmamış, aksine, takip konusu fatura bedellerinin tamamının ödendiği, borcun kalmadığı itirazını ileri sürmüştür. Dolayısı ile borcu doğuran **temel ilişki borçlu tarafından kabul edilmiştir.**” 12. HD., 19.06.2008, E. 7980/K. 12914 (Eriş, **a.g.e.**, s. 1156).

⁷⁹⁰ Arkan, **a.g.e.**, s. 149; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 225; Özdamar, **a.g.m.**, s. 221; Uçar, **a.g.e.**, s. 48. “Alınan bir faturayı sekiz gün içinde itiraz edilmemesi halinde münderecatının kabul edilmiş sayılacağına dair olan TTK'nun 23. maddesinin ikinci fıkrası, sadece geçerli akitler hakkında uygulanabilir. Batıl olan akitler için böyle bir şey düşünülemez. Çünkü, **bizatili hükümsüz olan bir akid, faturaya itiraz edilmemekle geçerlilik kazanamaz.** Olayda, taraflar arasındaki akdin kısmen yasaya aykırı olduğu ve uyuşmazlığın da bu kısma ilişkin bulunduğu saptanmıştır. Yasaya aykırı akitler ise BK'nun 19 ve 20. maddeleri uyarınca batıl sayılacağından davacıların faturaya itiraz etmemeleri bu nedenle sonuca etkili olamaz.” 11. HD, 23.5.1978, E. 1978/2652, K. 1978/2717 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁹¹ TBK m. 2/1'in yan noktalara ilişkin düzenlediği karine, adi bir karine olup her zaman aksi ispat edilebilir. Bkz. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 233.

sözleşmesinde satılan mal ve satış bedeli gibi- olduğu, ikinci derecedeki yan noktalar -malın teslim yeri, teslim zamanı, satış bedelinin ne şekilde ne zaman ödeneceği- olmadığı doktrinde belirtilmektedir⁷⁹². Ancak, iradelerin uyuşmasının esaslı noktaları kapsamı şart ise de, kesin olarak bu hususların tespit edilmesi gerekli değildir⁷⁹³. Keza, TBK m. 207/3'te *durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün olan bedel, kararlaştırılmış bedel hükmündedir* düzenlemesi yer almaktadır⁷⁹⁴. Bu durumda, faturaya temel teşkil eden sözleşmede esaslı unsurlar belirlenmişse ya da bu hususların sonradan belirleneceği durum belirli ise sözleşme kurulmuş olur.

Sözleşmenin esaslı noktasını belirleme yetkisinin taraflardan birine tanınması, bu yetkiyle diğer tarafın özgürlüğü aşırı şekilde kısıtlanmadığında mümkün olabilir⁷⁹⁵. Satım sözleşmesinde bedel belirlenmemişse ve nasıl belirleneceğine dair bir belirleme yapılmamışsa, ancak faturayı gönderen taraf faturada bedele yer vermişse ve sekiz gün içerisinde faturayı alan taraf faturaya itiraz etmemişse- diğer tarafın özgürlüğü aşırı şekilde kısıtlanmamış olsa bile- m. 21/2'deki karene uygulanamayacaktır. Çünkü bedel belirlenmediğinden ve bedelin nasıl belirleneceği konusunda anlaşılmadığından temel borç ilişkisi kurulmamıştır. TTK m. 21/2'deki karinenin uygulanabilmesi için temelde sözleşmenin bulunması gerekir. Sözleşmenin sonradan kurulması ise borçlar hukukunun genel hükümlerine göre olur, yoksa burada sözleşmenin kurulmasını sağlayan TTK m. 21/2 değildir. Çünkü, tarafların arasında bir sözleşme olmadan, fatura adında gönderilen belge, fatura niteliğinde değil, olsa olsa (şartlarını taşıdığı takdirde) bir icap (öneri) niteliğinde olabilir⁷⁹⁶.

⁷⁹² M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 11. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 73; Eren, **a.g.e.**, s. 233; esaslı unsurlar her sözleşmeye göre değişir Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Turhan Yayınevi, 2013, s. 56.

⁷⁹³ Satım akdinde satılan malın bedeli kesin olarak tespit edilmiş olmasa da bir ay sonra ifa tarihindeki borsa rayicine göre bedelin belirleneceği kararlaştırıldığı bu esaslı noktanın akitte belirlenmesi şartı yerine getirilmiş olur. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 73.

⁷⁹⁴ TBK m. 207: "*Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir.*"

⁷⁹⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 73.

⁷⁹⁶ Arkan, **a.g.e.**, s. 149; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 224; Özdamar, **a.g.m.**, s. 221; Karahan, **a.g.m.**, s. 687; Doğanay, **a.g.e.**, s. 218; Uçar, **a.g.e.**, s. 47; Şener, **a.g.m.**, s. 1024. Domaniç fatura akdin icra safhasıyla ilgili bir belge olduğundan ve mutlaka mevcut bir anlaşmaya dayanması gerektiğinden faturanın bir icap dahi olmadığı kanaatindedir. Bkz. Domaniç, **a.g.m.**, s. 663. "*Taraflar arasında bu tür bir sözleşme ilişkisi yoksa düzenlenen belge fatura olmayıp, olsa olsa icap mahiyetinde kabul*

Peki, fatura icap olarak kabul edildiğinde ya da bedel esaslı bir unsur değilse veya temel borç ilişkisinde bedel belirlenmiş ancak daha sonra gönderilen faturayla bedel artırılmışsa, faturayı alan taraf itirazda bulunmazsa ne olacaktır? Bu sorunun cevabı için, faturayı tebliğ alanın sekiz günlük sürede, itiraz etmeyerek susmasının örtülü bir kabul beyanı olarak kabul edilip edilemeyeceğini incelememiz gerekmektedir.

Zımnî kabulde irade beyanı açık bir şekilde belirtilmemekle beraber kabul iradesi bir susma faaliyetiyle yapılabilir⁷⁹⁷. TBK m. 6'da *öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır* düzenlemesi yer almaktadır. Bazen taraflar arasında yerleşmiş iş ilişkilerinde susmanın kabul sayılacağı yönünde teamül oluşmuş olabilir, dürüstlük kuralına göre de susma kabul yerine geçebilir⁷⁹⁸. TBK m. 6'daki şartlar gerçekleştiği takdirde, güven teorisi de nazara alınarak, susma zımnî kabul sayılabilir ve bedel bu şekilde belirlenebilir. O halde, sözleşmede belirlenmeyen kayıtların olduğu bu durumlarda, faturanın icap niteliğinin ve tarafın faturaya itiraz etmemesinin zımnî kabul beyanı olup olmadığına, durumun şartlarına, dürüstlük kuralına veya tarafların arasında bir teamülün olup olmadığına göre belirlenmesi gerekmektedir. Burada, susmanın kabul yerine geçmesi TTK m. 21/2'den değil, TBK m. 6'dan kaynaklanmaktadır.

edilebilecek bir belgedir ve elbette bu belgeye itiraz edilmemesinin T.T.K.nun 23/2. maddesi anlamında sonuç doğurması da beklenemez.” HGK, 12.10.2011, E. 2011/15-472, K. 2011/608 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). TTK m. 21/3'te yer alan teyit mektubuna ilişkin karinede, sözleşmenin kurulmasına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Faturanın teyit mektubundan en önemli farkı, akdin kurulmasına ilişkin değil, ifasına yönelik bir belge olmasıdır. Tarafların arasında bir sözleşme olmadan fatura gönderilmesi durumunda da, gönderilen bu belgenin teknik anlamda fatura olmadığını, şartlarını taşıdığı takdirde icap niteliğinde olduğunu kabul etmekteyiz.

⁷⁹⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 68; TBK m. 6'daki zımnî kabul ilke olarak susmadır. Bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 256. Susan kimsenin sözleşmeyi kurmak amacı olmadan, susma kabul sayıldığında aksi ispat edilebilecek bir irade karinesinin mi yoksa aksi ispat edilemeyecek bir irade varsayımının mı söz konusu olduğu tartışmalıdır. Burada, irade karinesinin bulunmakta olduğunun kabul edilmesi gerekir. Susmanın güven teorisi kapsamında, bir irade beyanı sayılmaması yönünde, aksi ispatın caiz olması gerekmektedir. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 68.

⁷⁹⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 257. Ticari örf de susmaya kabul anlamı vermiş olabilir. Teyit mektubuna cevap vermeme de olduğu gibi. Bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 257.

Faturaya itiraz edilmeyerek sözleşme değişikliği yapılması açısından da aynı durum geçerli olmalıdır. Taraflar arasındaki sözleşme yazılı değilse ve sekiz gün içerisinde itiraz edilmemişse sözleşmenin faturayla değiştirebileceği kabul edilirken, sözleşme yazılı olarak düzenlenmişse taraflar tek taraflı olarak sözleşmeyi değiştiremeyeceklerinden, faturaya itiraz edilmemesinin sözleşme değişikliğinin kabul edildiği anlamına gelmeyeceği ileri sürülmektedir⁷⁹⁹. Yargıtay'ın da, aynı görüşü benimseyen ve itiraz edilmeyen faturanın yazılı delil vasfını kazanmasıyla, taraf iradelerinin birleşmiş olduğunu ve yazılı olmayan sözleşmenin bu şekilde değiştirilebileceğini kabul ettiği kararları bulunmaktadır⁸⁰⁰.

Yargıtay yeni tarihli bir kararında, sözleşmede belirlenen bedelden daha fazla bir bedelin faturada yer alması halinde, karşı tarafın itiraz etmeyerek bu faturaları defterlerine kaydetmesini, fatura içeriğinin kabulü olarak değerlendirmiş⁸⁰¹. Yargıtay'ın bu kabulü satım sözleşmesinde belirlenmeyen bedel için değil⁸⁰², bedelin

⁷⁹⁹ Doğanay, **a.g.e.**, s. 219; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 44.

⁸⁰⁰ "TTK.nun 23/2. maddesi gereğince; faturayı alan kimsenin, aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde kapsamı hakkında itirazda bulunmaması sonucu fatura kapsamını kabul etmiş sayılabilmesi için, faturanın, yanlar arasındaki yazılı sözleşme şartını değiştirecek içerikli olmaması gerekir. Çünkü, yanlar arasında bir yazılı sözleşme mevcut ise taraflardan birisi tek yanlı olarak sözleşme hükümlerini değiştiremez. Ancak, **taraflar arasında bir yazılı sözleşme yoksa, fatura kapsamına (8) gün içinde itiraz edilmemiş olması halinde fatura bir yazılı delil niteliği kazanmış ve karşı tarafın susması sonucu olarak da "sözlü" sözleşmenin koşulunun değiştirilmesi hususunda taraf iradeleri birleşmiş olur.**" 15. HD., 9.6.2008, E. 2007/3090, K. 2008/3800; 15. HD., 14.2.2007, E.2006/7750, K. 2007/882 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁰¹ "Somut olayda, taraflar arasındaki uyumsuzluk, elma kasası satışı sebebiyle düzenlenen faturalardaki birim fiyatın sözleşme hükümlerine uygun olup olmadığı ve sözleşmede belirlenen birim fiyat üzerinde fiyat talep edilmesinin mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Taraflar tacir olup, defterlerini usulüne uygun olarak tuttukları, ancak her iki tarafın ticari defterlerinde kapanış onayının bulunmadığı, ayrıca taraflar arasındaki sözleşmede birim fiyat olarak 6.15.-TL. kararlaştırılmışsa da, davaya konu faturalar 7.33 TL. birim fiyat üzerinden düzenlenmiş ve davalı bu faturalara itiraz etmeyip kendi defterlerine işlemiştir. **Bu durumda davalının davaya konu edilen faturalarda gösterilen birim fiyatı ve fatura toplamalarını benimsediğinin kabulü gerekir.** Yukarıda açıklandığı üzere, açılış veya kapanış onayları bulunmayan ve içerdiği kayıtlar birbirini doğrulamayan ticari defter kayıtları sahibi aleyhine delil olur, kuralı gereğince davalının defterlerinde kayıtlı bulunan uyumsuzluk konusu faturaların aleyhine delil olacağı kabulü gerekir. Mahkemece, davalının defterine kaydetmekle içeriğini kabul etmiş sayıldığı davaya konu faturalara yönelik talep gözetilerek.." HGK, 19.09.2012, E. 2012/19-400, K. 2012/581 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁰² "Taraflar arasındaki alım-satım ilişkisinde satım konusu emtianın fiyatlarının ne şekilde tesbit edildiği belli değildir. Davacının düzenleyip gönderdiği faturayı davalı 7.10.1985 tarihli ihbar yazısına ekli olarak iade etmiştir. Bu durumda faturanın malın teslimi yönünden delil niteliği olmadığı gibi fiyatları yönünden de bağlayıcılığı yoktur. Ancak davalı taraf 7.10.1985 tarihli ihbar yazısında faturada yazılı mallardan kendisine teslim edilmeyenleri saymak ve belirtmek suretiyle bunların

belirlenmesinin ardından faturayla bedelin değiştirilmesine yöneliktir⁸⁰³. Keza, satım sözleşmesinde bedelin belirlenmesine dair bir kayıt yoksa, gönderilen belge fatura olarak kabul edilemeyecektir.

Kanaatimizce, faturada yer almakla birlikte taraflar arasındaki sözleşmede düzenlenmemiş kaydın, m. 21/2 anlamında kabul edilmiş sayılması mümkün değildir⁸⁰⁴. Söz konusu karine, akdin ifa safhasıyla ilgili bir belge olan faturanın olağan içeriği bakımından uygulanacağından, sözleşmenin kuruluş aşamasında mevcut olmayan, ifa ile ilgili hususlarda sözleşmeyi değiştiren ve karşı tarafın durumunu ağırlaştıran kayıtlar, kural olarak, faturanın zorunlu içeriğinden sayılmadığı gibi itiraz edilmemiş olması da bu hususların kabul edilmiş olduğunu göstermez⁸⁰⁵. Ancak, faturayı alan tarafın susmasının dürüstlük kuralına göre kabul beyanı olarak anlaşılmasının haklı olduğu durumlarda, sözleşme değişikliğinin söz konusu olduğu kabul edilebilir⁸⁰⁶. Örnek olarak, faturayı gönderen taraf iki ayda bir bedelde artış yapmakta ve bu artışı faturaya yansıtmaktadır. Karşı taraf aldığı faturalara itiraz etmemekte ve ticari defterlerine kaydetmektedir. Üç yıl süren bu ilişkinin sonunda, faturayı alan tarafın, faturaya itiraz edilmemesinin bedelde artırımın kabul edildiği anlamına gelmediği iddiasının dinlenmemesi gerekir. Çünkü tarafların arasında bu konuda haklı bir güven oluşmuştur ve faturayı alan tarafın susması ve faturaları defterlerine kaydetmesi faturadaki bedel artışını kabul ettiği anlamına gelmektedir. Basiretli bir tacirin aldığı faturadaki bedel artışına dikkat etmeyip ticari defterine bu şekilde faturaları kaydetmesinin korunmaması gerekebilir.

dışındaki emtiayı teslim aldığı kabul etmiş bulunmaktadır.” 11. HD., 2.10.1989, E.1988/7430, K. 1989/4953 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁰³ “*Bulunması gereken zorunlu unsurları kapsayan, alan tarafın itirazına uğramayan, her iki tarafın defterine de kaydedilen faturanın tarafları bağlayacağı ve sözleşme hükümlerinin de fatura içeriğine göre değiştiğinin kabulü gerekir.*” HGK, 13.7.2011, E. 2011/11-314, K. 2011/525 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁰⁴ Aynı yönde bkz. Arkan, **a.g.e.**, s. 150; Bilgili, Demirkapı, **a.g.e.**, s. 96.

⁸⁰⁵ Aynı yönde bkz. Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 226; Özdamar, **a.g.m.**, s. 226; Bilgili, Demirkapı, **a.g.e.**, s. 94. BUNTAŞ ambarı ile gönderilecektir veya tutarı A bankasının hesabına yatırılacaktır gibi hususlar olağan içerik dışındadır. Bkz. Baştuğ, Erdem, **a.g.e.**, s. 91.

⁸⁰⁶ Baki İlkay Engin, “Fatura veya Teyit Mektubunda Yer Alan Vade Farkı Kaydına İtiraz Edilmemesinin Sonuçları”, **İÜHFİM**, C. LXI, S. 1-2, 2003, s. 267-268. Olağan içerik dışındaki bu tür kayıtlar yeni bir icap sayılabilir. Bkz. Baştuğ, Erdem, **a.g.e.**, s. 91.

Nihayetinde, temelde yer alan sözleşme sözlü yapılmış olsa bile⁸⁰⁷, temel sözleşmede belirlenen bedelden daha fazla bir bedeli içeren faturaya itiraz edilmediğinde, bedelin kabul edilip edilmediğinin, TBK m. 6 ele alınarak somut olayın koşullarına ve dürüstlük kuralına göre belirlenmesi gerekmektedir. Bir sözleşme değişikliği söz konusu olduğundan ve bu değişikliği içeren faturaya itiraz edilmemesi TTK m. 21/2'deki karinenin doğmasına sebep olmayacağından, TBK m. 6 uygulanarak bu sonuca varılmaktadır. Sonuç olarak, faturanın içeriğinde karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı kayıtların yer alması durumunda, TTK m. 21/2 uygulama alanı bulmamalıdır.

2. Faturanın Şekil Şartlarına Uygun Olması (İçeriği)

TTK faturanın içeriğinin kabul edilmesine sonuç bağlamasına rağmen, faturada hangi kayıtların bulunması gerektiğine dair bir düzenlemeye yer vermemektedir. VUK'da faturanın içeriğinde bulunması gereken kayıtlar m. 230'da düzenlenmiştir⁸⁰⁸. Doktrinde bazı yazarların⁸⁰⁹ ve Yargıtay'ın İçtihatı Birleştirme Kararındaki kanaati, TTK'da yer almayan faturanın içeriğine ilişkin boşluğun, VUK'daki düzenlemelerle doldurulabileceği yönündedir. Ünal, her iki kanunun düzenleme amaçları ve uygulama alanları farklı olduğu için, VUK m. 230 ve 231 hükümlerini, TTK açısından faturanın içeriğini belirleyici olarak kabul etmemektedir⁸¹⁰.

⁸⁰⁷ Sözleşme değişikliğine ilişkin TBK m. 13'te *kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur* hükmü ile m. 14/1'de *yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur* düzenlemeleri bulunmaktadır. O halde, faturanın temelindeki borç ilişkisi yazılı olması gereken bir sözleşme ise, değişikliğin de her iki tarafın imzasıyla yazılı bir şekilde yapılması gerekmektedir. Taraflar TBK m. 17'ye göre, kanunen yazılı şekilde yapılması öngörülmemiş olan sözleşmeleri yazılı olarak yapma konusunda anlaşabilirler. İradi yazılı sözleşmede de yazılı olarak sözleşmenin değiştirilmesi gerekir. Sözlü sözleşme değişikliğinde de tarafların iradeleri değişiklik yönünde uyusmalıdır.

⁸⁰⁸ VUK m. 230'da faturada, faturanın düzenlenme tarihi, seri ve sıra numarası, faturayı düzenleyen adı, varsa ticaret unvanı, iş adresi, bağlı olduğu vergi dairesi ve hesap numarası, müşterinin adı, ticaret unvanı, adresi varsa vergi dairesi ve hesap numarası, malın veya işin nev'i, miktarı, fiyatı ve tutarı, satılan malların teslim tarihi ve irsaliye numarasının yer alması gerektiği düzenlenmiştir.

⁸⁰⁹ İmregün, **a.g.e.**, s. 54; Alver, **a.g.e.**, s. 70; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 224. İBK, 27.06.2003, E. 2001/1, K. 2003/1.

⁸¹⁰ Yazara göre, faturada bulunması gereken içerik için bkz. Ünal, **a.g.e.**, s. 143. Faturanın hangi süre içerisinde düzenlenmesi gerektiğine dair VUK m. 231/5'te yer alan yedi günlük sürenin ticaret hukuku alanında uygulanmayacağı, bu sürenin dolmasından sonra düzenlenen faturaya itiraz

VUK m. 230 ve 231'deki hususların, faturada yer almaması, belgenin fatura olmasını engellemez⁸¹¹. Vergi mükellefiyetine ilişkin olarak getirilmiş bu kayıtların tümünün faturada yer alması, TTK bakımından gerekli değildir. Keza Yargıtay faturada bulunması gereken asli unsurların, yapılan işin miktarı, fiyatı, tutarı, nevi, bedel gibi hususlar olduğunu belirtmektedir⁸¹².

Faturayı düzenleyen tacirin, ad ve soyadının faturada yer alması gerekmektedir. Fatura verme TTK'nın tacir olma yükümlülükleri kısmında yer aldığından, faturanın tacirin ticaret unvanının kullanılarak düzenlenmesi gerekmektedir⁸¹³. Keza ticari hayatta ticaret unvanını kullanmadan bir tacirin fatura düzenlemesi de olağan görünmemektedir. Faturada bulunması gereken bir başka unsur, faturayı alanın ad, soyad ve ticaret unvanıdır. Faturayı alan tacir değilse de kişinin ad ve soyadının faturaya yazılması gerekmektedir. Faturanın düzenlenme tarihi ise ticari defterlerin doğru tutulması için gerekli olan bir kayıt olup, istenildiği tarihin konulması, TTK m. 21/2'deki karinenin uygulanıp uygulanmayacağına dair bir sorun yaratmamaktadır.

Fatura içeriğinde yer alması gereken bir diğer husus, faturanın delil niteliği açısından da oldukça önemli ve sözleşmenin ifa safhasıyla ilgili olan, satılan veya üretilen malın veya yapılan işin, sağlanan menfaatin türü, miktarı, bedeli ve tutarıdır⁸¹⁴. Kanun metninde “*bedeli ödenmiş ise bunun da faturada gösterilmesini isteyebilir*” ifadesi yer almaktadır. Kanunun bu emriyle bedelin ödendiği kaydının talep halinde faturanın olağan içeriğinden sayılması gerektiğinin kabulü gerekir.

edilmemesi TTK m. 21/2'deki sonucun doğmasına engel olmayacağına dair bkz. Arkan, **a.g.e.**, s. 148; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 224.

⁸¹¹ Eriş, **a.g.e.**, s. 1147.

⁸¹² HGK, 13.7.2011, E. 2011/11-314, K. 2011/525 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸¹³ TTK m. 39: “*Her tacir, ticari işletmesine ilişkin işlemleri, ticaret unvanıyla yapmak ve işletmesiyle ilgili senetlerle diğer belgeleri bu unvan altında imzalamak zorundadır.*” Keza tacir ticari defterlerine faturalarını kaydetmesi gerektiğinden faturada ticaret unvanının da yazılması icap etmektedir.

⁸¹⁴ Baştuğ, Erdem, **a.g.e.**, s. 91; Ünal, **a.g.e.**, s. 80; Doğanay, **a.g.e.**, s. 216; Arkan, **a.g.e.**, s. 147; İmregün, **a.g.e.**, s. 54. Karayalçın, **a.g.e.**, s. 224; daha evvel teslim edilmişse teslim tarihi de bkz. Ayhan, Özdamar, Çağlar, **a.g.e.**, s. 99.

Her ne kadar faturanın içeriğinin VUK'na göre mi belirleneceği konusunda tartışma olsa da, bizim için önemli olan TTK m. 21/2'de yer alan karinenin uygulanabilmesi için hangi hususların faturada bulunmasının yeterli olduğudur. Faturada ticari işletme ile ilgili yapılan sözleşme konusu malın cinsi, işin türü, miktar, bedel ve tutar, faturayı düzenleyen tacirin adı, soyadı, ticaret unvanı, imzası, faturayı alanın adı, soyadı, tacirse ticaret unvanı, talep halinde bedelin ödenmiş olduğu yer almalıdır⁸¹⁵. Bu hususların faturada yer almasının yeterliliğinin kabulünün ardından, Yargıtay dairelerinin çelişkili kararlarına konu olmuş ve İBK ile bu çelişkinin giderilmiş olduğu bir kayıt olan, vade farkının faturanın olağan içeriğinden sayılıp sayılamayacağına değinmek istiyoruz.

Vade farkı, fatura bedelinin vadesinde ödenmemesi halinde, gecikme nedeniyle borçluyu temerrüde düşürmeye gerek kalmadan, oransal olarak hesaplanıp asıl borca eklenecek olan miktarı ifade etmektedir⁸¹⁶. Yargıtay da vade farkını “*mal ve hizmet bedelinin ödenmesi gereken günde ödenmemesi halinde alacağın gecikmesi nedeniyle ulaştığı miktar yani mal veya hizmetin yeni fiyatı*” olarak tanımlamaktadır⁸¹⁷. Alacaklının düzenlediği faturada, vade farkının yer alması ve sekiz günlük itiraz süresi içerisinde faturaya itiraz edilmemesi durumunda, acaba m. 21/2'deki karine gereğince, vade farkı kabul edilmiş sayılacak mıdır?

⁸¹⁵ Aynı yönde bkz. Fatih M. Arıcı, “Ticaret Hukuku ve Usul Hukuku Açısından Kapalı Fatura” **Hukuki Perspektif Dergisi**, S.6, 2006, s. 198.

⁸¹⁶ Engin, **a.g.m.**, 260. Vade farkının niteliğine dair doktrinde de farklı belirlemeler söz konusudur. Vade farkı temerrüt faizi, anapara faizi, süresinde ödenmeyen mal bedelinden dolayı faiz dışından ödenmek durumunda kalınan ek miktar, veresiye satım sözleşmelerinde satıcının parasını alacağı güne kadarki süre zarfında yoksun kalacağı tutar karşılığında alıcının borcuna yaptığı ek ödeme olarak nitelendirildiği görülmektedir. Bkz. Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 228. Poroy, Yasaman da uygulamada karşılaşılan vade farkı kayıtlarını şu şekilde açıklamışlardır. İlk olarak semenin ileriki bir tarihte ödenmesinin kararlaştırılması halinde semene vadeye kadar geçecek süre için vade farkı adı altında bir ekleme yapılması halidir. İkinci olarak taraflarca kararlaştırılan semenin vadeden sonraki bir tarihte ödenmesi nedeniyle vade ile ödeme tarihi arasındaki süreye ilişkin semenden faiz hesaplaması yapılarak bunun vade farkı başlığı altında faturaya eklenmesidir. Bkz. Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 146. “*Davacı tarafından davalıya gönderilen faturalarda ‘işbu fatura muhteviyatının bir ay içerisinde ödenmemesi halinde aylık %5 gecikme bedeli alınacağına’ ilişkin hükmün, vade farkı mahiyetinde olup uygulanmasının mümkün bulunmamasına...*” 11. HD., 01.06.2009, E.2240/K.6610 (Eriş, **a.g.e.**, s. 1154).

⁸¹⁷ İBK, 27.6.2003, E. 2001/1, K. 2003/1.

11. Hukuk Dairesinin, 19. Hukuk Dairesinin, 13. Hukuk Dairesinin ve 15. Hukuk Dairesinin faturada vade farkı istenip istenemeyeceğine dair birbirlerinden farklı kararları söz konusuydu⁸¹⁸. Bundan dolayı Yargıtay İçtihatı Birleştirme Genel Kurulu, İçtihatı Birleştirme Kararı vererek daireler arasındaki çelişkiyi ortadan kaldırmıştır⁸¹⁹.

Yargıtay'ın içtihatı birleştirme kararında, vade farkının olağan içerikten olmadığından, kabul edilmiş sayılmayacağına ilişkin kabulü şöyledir:

“Faturanın sözleşmenin ifa safhasıyla ilgili olduğu için TTK.nun 23/2. maddesine göre süresinde itiraz olunmamak suretiyle kabul edildiği varsayılan fatura içeriği ancak sözleşmenin ifa safhasıyla ilgili olarak faturada yer alması olağan sayılan satılan malın cinsi, veya yapılan işin adedi, türü bedeli gibi hususlara ilişkin olabilir. Faturadaki gecikme halinde vade farkı alınacağına ilişkin kayda itiraz edilmemesi, faturada yer almakla birlikte taraflar arasındaki sözleşmede düzenlenmemiş bir hususa ilişkin kaydın da kabul edildiği anlamına gelmez. Vade farkı kaydının faturanın zorunlu içeriğinden olmayıp, yasal sürede itiraz edilmedi diye kabul edilmesinin ağır bir sonuç doğuracağı; faturadaki vade farkı uygulanır ibaresinin yazılması halinde TTK.nun 23/1. maddesindeki karinenin uygulama alanı bulmayacağı, zira fatura sözleşme olmadığı gibi, faturaya itiraz edilmemesinin de ona sözleşme niteliği vermeyeceği kabul edilmiştir.”

Faturada yer alan vade farkına itiraz edilmemesi durumunda, vade farkına ilişkin kaydın kabul edilmiş sayılabilmesi için, tarafların vade farkı isteyeceklerine dair sözleşmede belirleme yapılmış olmaları gerekmektedir. Taraflar arasında vade farkı isteneceğine dair sözleşmede bir kayıt yoksa, vade farkı uygulanacağına dair ticari teamülün olması durumunda da vade farkı (ve diğer olağan içerikten

⁸¹⁸ 19. HD'ne göre faturadaki vade farkı kaydının fatura metnine dahil olması halinde bunun faturanın içeriğinden sayılması ve karinenin uygulanması gerekirken, vade farkı kaydının fatura arkasında veya fatura metni dışında faturanın dip kısmında yer alması halinde bu kaydın fatura içeriğinden olmadığını ve karinenin uygulanmayacağını söylemekteyken, 11. HD, faturanın arkasında kaşe ile basılmış vade farkına dair kaydın bulunması halinde itiraz edilmezse karinenin söz konusu olacağını, 13.HD, sözleşme ile ihale şartnamesinde vade farkına dair bir hüküm bulunmazsa vade farkı uygulanmayacağını, 15. HD ise taraflar arasında yazılı sözleşme ve yerleşik uygulama bulunmaması halinde faturada bulunan vade farkına itiraz edilmemesinin hiçbir sonuç doğurmayacağını, faturadaki vade farkı kaydının zorunlu içerikten sayılmadığını kabul etmekteydi. Kararlar için bkz. İBK, 27.06.2003, E. 2001/1, K. 2003/1.

⁸¹⁹ İBK, 27.06.2003, E. 2001/1 K. 2003/1.

sayılmayan kayıtlar) talep edilebilir⁸²⁰. Faturayı gönderen tarafın diğer tarafla aralarında vade farkına dair bir anlaşmanın olduğu ya da bu duruma ilişkin bir teamülün varlığı-yani faturadaki bu ibareyle vade farkını talep etmeye hakkı olduğunu- ispat edilmelidir. Aksi halde sekiz gün içinde itiraz etmeyen taraf bu hususu kabul etmiş sayılmaz ve faturayı gönderen taraf vade farkının kabul edilmiş sayılması sonucundan faydalanamaz.

Sonuç olarak, faturanın içeriğinin kabul edilmiş sayılması sonucu, faturada yer alması olağan kayıtlarla sınırlamak faturanın niteliğine ve hükmün amacına uygun düşmektedir⁸²¹. Bundan dolayı sözleşmenin esaslı şartlarının faturada yer alması halinde m. 21/2'deki karine uygulama alanı bulamayacaktır⁸²². Nihayetinde, faturada yer alan borç, mal ve hizmet miktarı, türü, bedeli ve tutarı, talep halinde bedelin ödendiği, vade farkına sözleşmede cevaz verilmişse ya da vade farkı istenebileceğine dair taraflar arasında teamül varsa vade farkı kayıtları, faturaya süresinde itiraz edilmemesi halinde sözleşmeye uygun olarak kabul edilecektir.

⁸²⁰ Taraflar arasındaki yazılı sözleşmede vade farkı talep edileceğine dair bir kayıt yer almamasına rağmen vade farkı faturasına itiraz edilmemesi sözleşmenin asli unsurunun tek tarafla değiştirilmesi anlamına geldiğinden bu durumda vade farkı istenemeyeceği gibi, sözlü olarak yapılmış bir sözleşmenin ardından faturada vade farkı isteneceğine dair bir kaydın yer alması ve faturaya itiraz edilmemesi halinde de vade farkı olağan içerikten olmadığından (ve diğer olağan içerikten sayılmayan kayıtlar) m. 21/2'deki karineyi uygulamamıza yer yoktur. Bkz. Karahan, **a.g.m.**, s. 688- 689. Sözleşmede yer almayan vade farkının faturada yer alması ve bu kayda itiraz edilmemiş olması, bu konuda sözleşme değişikliğine yönelik bir icap olarak nitelendirilebilmesi susmanın bir irade beyanı olarak sayılıp sayılmayacağına ilişkin prensibe göre halledilecektir. Bkz. Engin, **a.g.m.**, s. 265, 266; Ayhan, Özdamar, Çağlar, **a.g.e.**, s. 99; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 227. Yargıtay taraflar arasında cari hesap sözleşmesinin bulunmasının vade farkı istenmesine olanak vermediği kanaatindedir. “*Taraflar arasındaki ilişkinin uzun yıllar süren cari hesap ilişkisi olduğu, bu ilişki nedeniyle mal alımlarında gönderilen faturaların altında 30 gün içinde ödeme yapılmazsa % 10 vade farkı uygulanacağı açıklamasının bulunduğu ve bu faturaların davalı defter ve kayıtlarında yer aldığı ve bu faturalara davalı yanca itiraz edilmediğinde uyumsuzluk bulunmamaktadır...İtirazın iptaline konu eldeki davada vade farkı faturasına dayanak olarak gösterilen faturalarda (bedelin belli bir sürede ödenmemesi halinde vade farkı ödenir) ibaresinin yazılarak karşı tarafa tebliğ edilmiş olması ve karşı tarafça TTK.23/2. maddesi uyarınca sekiz gün içinde itiraz edilmeden fatura bedellerinin ödenmemesi sadece söz konusu fatura münderecatlarının kesinleşmesi sonucunu doğurup vade farkının davalı yanca kabul edildiği ve istenebileceği anlamına gelmemektedir.” HGK, 24.9.2003, E. 2002/19-449, K. 2003/491 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).*

⁸²¹ Engin, **a.g.m.**, s. 265; İmregün, **a.g.e.**, s. 54; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 143; Özdamar, **a.g.m.**, s. 226; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 226; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 45; Balkız, **a.g.m.**, s. 11.

⁸²² Domaniç, **a.g.m.**, s. 224; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 224; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 143; Balkız, **a.g.m.**, s. 11.

3. Faturanın Karşı Tarafa Gönderilmesi

TTK m. 21/2, karinenin uygulanabilmesini, “...*faturayı aldığı tarihten itibaren...*” itiraz etmeme şartına bağlamakta ve faturanın karşı tarafa gönderilmiş olmasını gerekli kabul etmektedir. Dolayısıyla, fatura karşı tarafa gönderilmemişse söz konusu karinenin uygulanması da mümkün olamayacaktır⁸²³.

Faturanın gönderilme şekli, karşı tarafın usulüne göre faturayı tebliğ almadığını, faturanın ulaşmadığını ve sekiz günlük süre başlamadığından itiraz edilmemiş olmasının bir etkisinin olmadığını iddia ettiğinde ispat bakımından önem arz etmektedir. Böyle bir durumda faturayı düzenleyen tarafın, faturanın usulüne uygun olarak tebliğ edildiğini ispat etmesi gerekecektir⁸²⁴.

Faturanın karşı tarafa nasıl gönderilmesi gerektiğine dair kanunda bir zorunluluk bulunmamaktadır. Faturanın gönderilmesine ilişkin olarak 6102 sayılı TTK’da m. 1525’te yer alan *tarafların açıkça anlaşmaları halinde, fatura elektronik ortamda düzenlenebilir, yollanabilir, itiraza uğrayabilir ve kabul edilmişse hüküm ifade eder* hükmü ile faturanın elektronik ortamda da gönderilebileceği kabul edilmiştir. Bu hükümden başka, TTK m. 18’te tacirlerin kendi aralarında bazı işlemleri yapacakları şekil belirlenmiştir. Tacirler arasında temerrüde düşürmek, sözleşmeyi fesih, sözleşmeden dönme maksadıyla yapılacak ihtar ve ihbarların noter,

⁸²³ Uçar, **a.g.e.**, s. 48. “*Fatura davalıya tebliğ edilmiş ve sekiz gün içerisinde itirazda bulunmamışsa TTK.nun 23/2. maddesi uyarınca münderecatını kabul etmiş sayılır. Ancak bu durum sadece faturada belirtilen miktarların kesinleşmesi sonucunu doğurur. Fatura davalıya **tebliğ edilmemiş ise kesinleşmesi söz konusu olamayacağından nazara alınması da mümkün değildir.***” 15. HD., 23.11.1992, E. 1992/4618, K. 1992/5448 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). “*2004 yılına ait amortisman faturasının tebliğ edilip edilmediği, davalının kayıtlarına işlenip işlenmediği, bu şekilde fatura içeriğinin kesinleşip kesinleşmediği hususu üzerinde durulması gerekirken*” 6. HD., 13.3.2012, E. 2012/1416, K. 2012/3971 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). “*Fatura; tek taraflı ve davacı tarafından düzenlenmesi her zaman mümkün olan bir belgedir, **bunun yanında davalıya tebliğ edilmemiştir** bu nedenle davacının iddiasını ispat için yeterli değildir.*” 3. HD., 14.11.2012, E. 2012/18331, K. 2012/23548 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸²⁴ Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 145. “*Oysa somut olayda hükme dayanak alınan bilirkişi raporunda davacı defterlerinin birbirini teyit ettiği belirtilmiş ise de, usulüne uygun tutulmadıkları ve sahibi lehine delil oluşturmayacağı açıkça belirtilmiştir. Öte yandan, davacı tarafından davalı adına düzenlenen faturaya itiraz edilmediği belirtilmiş ise de, söz konusu faturanın davalıya tebliğine ilişkin bir belge sunulmadığından TTK.nun 23/2 nci maddesi gereğince fatura içeriğinin davalı aleyhine kesinleştiğinden söz edilemez.*” 11. HD., 14.5.2002, E. 2002/1877, K. 2002/4749 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

taahhütlü mektup, telgraf veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta ile yapılması gerekmektedir (TTK m. 18/3).

Fatura gönderilmesinin, m. 18/3'te belirtilen işlemlerden borçluyu temerrüde düşürecek ihtar niteliğinde bir işlem olup olmadığı üzerinde durulan bir meseledir. Faturanın tebliği, ifa talebi içermediğinden ihtar sayılmamaktadır⁸²⁵. Ancak, borcun ödenmesi yönünde bir irade faturaya eklenirse, fatura ihtar niteliği kazanabilir⁸²⁶. BGB § 286'da⁸²⁷ ve TTK m. 1530'da⁸²⁸ yer alan temerrüde ilişkin durumlarda fatura tebliğinin ihtar niteliğinde olup olmadığı akla gelebilir. Bu düzenlemenin 4. fıkrasında, *faturanın borçlu tarafından alınmasını takip eden otuz günlük sürenin sonunda temerrüde düşeceği* ifade edilmiştir. Bu düzenleme ile, sözleşmede ödeme günü veya süresi belirtilmemişse veya belirtilen süre beşinci fıkraya aykırı ise,

⁸²⁵ Andreas von Tuhr, Arnold Escher, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Dritte Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, AG, 1974, s. 136-137; Nami Barlas, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992; s. 43; Serkan Ayan, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü" **DEÜHF**, S. 12, s. 752; Franz Schenker, **Die Voraussetzungen und Die Folgen Des Schuldnerverzugs im Schweizerischen Obligationenrecht**, Freiburg, Universitätsverlag, 1988, s. 60. "*Faturanın tebliği alacağı muaccel hale getirirse de temerrüt için BK'nun 101. maddesi gereğince ihtarname tebliği gereklidir.*" 19. HD., 17.01.2003, E. 2002/8989, K. 2003/296 (Legal HD., 2003, Sa. 2, s. 429). Aynı alacak için borçluya ikinci ve devam eden faturalar gönderilmesi durumunda alacaklının bu davranışının ihtar mahiyetinde olduğu da ileri sürülmektedir. Bkz. Rother, **a.g.m.**, s. 106. Barlas, müteakip faturalar gönderilmesinin ihtar mahiyetinde olmadığını belirtmektedir. Bkz. Barlas, **a.g.e.**, s. 44.

⁸²⁶ Faturada bedel ödenmediği zaman dava açılacağı, icra takibine başvurulacağı belirtildiğinde fatura ihtar niteliğini kazanır. Bkz. Barlas, **a.g.e.**, s. 45.

⁸²⁷ BGB §286/3: Borcun muaccel olmasından ve bir faturanın veya benzer bir ödeme belgesinin borçluya ulaşmasından itibaren otuz gün içinde ödenmemesi halinde, borçlu temerrüde düşer. Borçlu tüketici ise bu sonuçların faturada veya diğer ödeme belgesinde belirtilmiş olması halinde bu sonuç uygulanır.

⁸²⁸ TTK m. 1530/4: "*Sözleşmede ödeme günü veya süresi belirtilmemişse veya belirtilen süre beşinci fıkraya aykırı ise, borçlu aşağıdaki sürelerin sonunda ihtar gerek kalmaksızın mütemerrit sayılır ve alacaklı faize hak kazanır:*

a) *Faturanın veya eş değer ödeme talebinin borçlu tarafından alınmasını takip eden otuz günlük sürenin sonunda.*

b) *Faturanın veya eş değer ödeme talebinin alınma tarihi belirsizse mal veya hizmetin teslim alınmasını takip eden otuz günlük sürenin sonunda.*

c) *Borçlu faturayı veya eş değer ödeme talebini mal veya hizmetin tesliminden önce almışsa, mal veya hizmetin teslim tarihini takip eden otuz günlük sürenin sonunda.*

d) *Kanunda veya sözleşmede, mal veya hizmetin kabul veya gözden geçirme usulünün öngörüldüğü hâllerde, borçlu, faturayı veya eş değer ödeme talebini, kabul veya gözden geçirmenin gerçekleştiği tarihte veya bu tarihten daha önce almışsa, bu tarihten sonraki otuz günlük sürenin sonunda; şu kadar ki, kabul veya gözden geçirme için sözleşmede öngörülen süre, mal veya hizmetin alınmasından itibaren otuz günü aşmıyor ve bu durum alacaklının aleyhine ağır bir haksızlık oluşturuyorsa, kabul veya gözden geçirme süresi mal veya hizmetin alınmasından itibaren otuz gün olarak kabul edilir."*

borçlunun temerrüde düşmesi için ihtarın gerekli olduğu genel kuralı kaldırmamakla beraber, borçlunun ihtara gerek kalmadan temerrüde düşürülmesi sağlanmıştır⁸²⁹. TTK m. 1530/4 bent 1'in uygulandığı durumda faturanın gönderilmesi ihtar mahiyetinde değildir⁸³⁰. Çünkü, borçlunun temerrüde düşmesi faturanın tebliği ile değil, faturanın tebliğinden itibaren otuz gün sonra gerçekleşmektedir.

Fatura ihbar veya ihtar mahiyetinde bir belge olmadığından ve faturanın karşı tarafa nasıl gönderileceğine dair maddede bir zorunluluk bulunmadığından, faturanın karşı tarafa gönderilmesinde TTK m. 18/3 anlamında bir usul izlenmesinin gerekmediği belirtilmektedir⁸³¹.

Ünal, Kuru ve Yargıtay, faturanın karşı tarafa verildiğinin veya tebliğ edildiğinin senet (yazılı delil) veya karşı tarafa yemin teklifiyle ispat edilebileceğini, tanıkla ispat imkanının olmadığı kanaatindedir⁸³². Ünal bu durumun gerekçesi olarak, itiraz edilmediği takdirde, faturanın akdi ilişki açısından da delil teşkil edeceğini ve bundan dolayı, faturanın karşı tarafa verildiğinin yazılı delille ispatının gerektiğini ifade etmektedir⁸³³.

Tebliğat Kanununun uygulama alanına faturanın karşı tarafa gönderilmesi girmemektedir. Çünkü, Tebliğat Kanununun uygulama alanı Tebliğat Kanunu 1. maddesinde yer alan mercilerin yapmış olduğu tebliğatlara ilişkindir. Faturanın bir tacir tarafından diğerine gönderilmesi, Tebliğat Kanunu m. 1 kapsamında nazara

⁸²⁹ Ayhan TTK m. 1530'un uygulanabilmesi için m. 21/2'de faturanın itiraza uğramamış olması şartını aramamaktadır. Bkz. Ayhan, **a.g.m.**, s. 761. Ünal ise, sadece fatura tebliğinin temerrüt için 30 günlük sürenin başlatılabilmesi için, faturaya itiraz edilmemiş olmasının gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Ünal, **a.g.e.**, s. 188. Kanaatimizce, TTK m. 1530'da fatura gönderilmesinin ardından temerrüt sonucunun doğması için, faturaya itiraz edilmemiş olması gerekmemektedir. Çünkü, kanun koyucu bu şartı, m. 21/2'de gerekli görürken, m. 1530'da böyle bir şarta yer vermemiştir.

⁸³⁰ Schenker, **a.g.e.**, s. 62; Ayhan, **a.g.m.**, s. 761, dn. 101. Diğer görüşte olan Ünal, bu hükümlerle faturanın artık TTK m.18/3'ün öngördüğü karşı tarafı temerrüde düşürmeye yönelik, bir ihbar ve ihtar anlamını taşıdığını, karşı tarafa tebliğinin de TTK m. 18/3 hükmüne uygun yapılmak zorunda olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Ünal, **a.g.e.**, s. 188.

⁸³¹ Ünal, **a.g.e.**, s. 146-148; Özdamar, **a.g.m.**, s. 223. Aksi görüş için bkz. Doğanay, **a.g.e.**, s. 220.

⁸³² Ünal, **a.g.e.**, s. 147; Kuru, **Usul**, s. 2236. "Faturanın tebliğ edildiği hakkındaki iddianın tanıkla ispatı yoluna gidilmesi, dolayısıyla akdi ilişkinin ispatına müncer olacağından, bu hal HUMK m. 283 maddesine aykırı düşer...Davacı iddiasını herhangi bir yazılı delille ispat edemediğine göre..." 11. HD., 17.3.1977, E. 1977/1091, K. 1977/1266 (BATIDER, C. 9, S.1, s. 230-231).

⁸³³ Ünal, **a.g.e.**, s. 147.

alınamayacağından, faturanın tebliği Tebligat Kanununun dışında değerlendirilmelidir⁸³⁴.

Kanaatimizce, faturanın bir tacire gönderilmesi halinde, TTK m. 18/3'teki yolların kullanılması uyuşmazlık durumunda ispat açısından kolaylık sağlayacaktır. Bu maddede her ne kadar faturanın gönderilmesiyle eş tutacağımız bir işlem olmasa da, maddenin amacı tacirler arasındaki bazı işlemlerin belli şekillerde yapılmasını sağlamaktır. Gönderilen taraf tacir değilse, tacirin basiretli hareket etmesinin gereği olarak, faturanın noter aracılığıyla, taahhütlü mektup, telgraf veya elektronik ortamda gönderilmesi yerinde olur. Bu yollar kullanılmadan faturanın gönderilmesi geçerli olarak kabul edilse de, ispat açısından çıkabilecek sıkıntıları bertaraf etmek için bu şekillere riayet edilmesi isabetli olacaktır⁸³⁵. Çünkü, faturanın karşı tarafça alınıp alınmadığı konusunda ihtilaf çıktığında, faturayı gönderen tarafın karineden faydalanabilmesi için, hem faturanın gönderildiğini hem de faturanın alındığını ve alınma tarihini de ispat etmesi gerekebilmektedir⁸³⁶.

4. Alındığı Tarihten İtibaren Sekiz Gün İçinde Faturaya İtiraz Edilmemesi

TTK m. 21/2'deki karinenin uygulanabilmesi için, faturayı alan tarafın aldığı tarihten itibaren sekiz gün içerisinde faturayı düzenleyene ya da kanuni temsilcisine, faturaya ilişkin bir itirazda bulunmamış olması gerekmektedir⁸³⁷. Sekiz gün

⁸³⁴ “TTK 23. maddesi faturayı alan kimseden söz etmiş, bu alım için belirli bir şekil öngörülmemiştir. Ancak, fatura iadeli taahhütlü mektupla yollanmış ve davacının müstahdemince alınmıştır. Kazai bir karar söz konusu olmadığı için olayda tebligat kanununun hükümleri uygulanamaz. 5884 sayılı kanunun 17. Maddesine göre iadeli taahhütlü mektuplar yetkili organ, müdür veya katibe bunlar yoksa müstahdeme verilebilirler. Bu nedenle mahkemece müstahdeme verilmesi şartları incelemek gerekir.” (11. HD, 16.10.1969, E. 968/3485, K. 4796 Alver, **a.g.e.**, s. 52).

⁸³⁵ İtiraz edilmediğinde, faturanın akdi ilişki için de delil teşkil etmekte olması, faturaya dair tebliğ işleminin ispatını etkilemez. Faturanın tek başına akdi ilişkiyi ispat edecek kuvvetinin olmadığını da kabul ettiğimizden, bu gerekçeyle de faturanın gönderilmesinin kesin delille ispat edilmesi gerektiği kanaatini taşımamaktayız.

⁸³⁶ Ünal, **a.g.e.**, s. 146. Faturaların tebliğine dair iddia ispat edilemediğinde, faturaların ticari defterlere kayıt edildiği tarihte tebliğ edildiği kabul edilmektedir. Bkz. 19. HD., 18.05.2001, E. 390/3907 (Eriş, **a.g.e.**, s. 1171).

⁸³⁷ “Davalı tarafın taşıma ücretinin sözleşmeden fazla talep edildiği iddiasıyla düzenleyip davacıya tebliğ ettiği faturalara yasal süresi içinde itiraz edilmeyip, kayıtlara işlenmesi nedeniyle anılan faturaların davacı tarafından benimsendiği, faturaların tebliğinden yaklaşık üç ay sonra yapılan itiraz

içerisinde itirazın yapılmış olması yeterlidir, yapılan itirazın bu süre zarfında faturayı düzenleyen tarafa ulaşması gerekli değildir⁸³⁸. Sözleşmeye konu malın alıcıya vardığı tarihin, faturanın alındığı tarihten itibaren itiraz süresinin işlemeye başlamasından dolayı, itiraz süresinin başlaması açısından önemi bulunmamaktadır⁸³⁹. Sekiz günlük sürenin hesaplanmasına da faturanın tebellüğ edildiği günün ertesi gününden itibaren başlanması gerekmektedir⁸⁴⁰.

Sekiz günlük süre fatura muhtevasına ilişkin ispat faaliyeti için getirilmiş bir süre olup, hak düşürücü süre ya da zamanaşımı süresi değildir⁸⁴¹. Nitekim bu süre karineye ilişkin, ispat yükünün kime ait olacağı açısından belirleme yapılmasını sağlayan bir süre olup, bu sürenin temel borç ilişkisine bir etkisi bulunmamaktadır⁸⁴².

Karşı taraf faturaya süresi içinde itiraz eder ve faturayı düzenleyene iade ettikten sonra davacının aynı faturayı davalıya göndermesi, yapılmış olan itirazın geçerliliğini etkilemez ve ikinci kez gönderilen faturaya itiraz edilmemiş olması, bu faturaya ilişkin olarak m. 21/2'deki karinenin uygulanmasına sebep olmaz⁸⁴³.

Faturaya itirazın nasıl yapılması gerektiğine dair kanun bir zorunluluk getirmemektedir. İtirazın nasıl bir şekil şartına göre yapılması gerekliliğine dair doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. İmregün⁸⁴⁴, fatura yazılı delil

işleminin sonuç doğurmasının mümkün olmadığı dikkate alınarak uyumsuzluğun bu çerçevede değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken..." (11. HD., 17.05.2010, E. 13679/ K. 5436, Eriş, **a.g.e.**, s. 1151). "*Davalı yanca 18 adet fatura muhteviyatı ürünün teslim olunmadığı iddia edilmiş ise de, sözkonusu faturalar malın teslimini müteakip davalı şirkete tebliğ olunmuş ve davalı şirketçe de muhasebe kayıtlarına alınarak deftere kayıt edildiği anlaşıldığından bu faturaların tek yanlı olarak TTK'nun 23. maddesindeki yasal süreler geçtikten sonra davalı yanca ticari defterlerden çıkartılarak iade faturası düzenlenmiş olması davacı yanı bağlamaz.*" 19. HD., 28.11.2005, 2005/648, 2005/11684 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸³⁸ Arkan, **a.g.e.**, s. 152; İmregün, **a.g.e.**, s. 55; Ünal, **a.g.e.**, s. 151-152; Ayhan, Özdamar, Çağlar, **a.g.e.**, s. 100; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 224; Özdamar, **a.g.m.**, s. 224; Özdamar, E., **a.g.m.**, s. 46.

⁸³⁹ Arkan, **a.g.e.**, s. 152; Uçar, **a.g.e.**, s. 48; Doğanay, **a.g.e.**, s. 220.

⁸⁴⁰ Özdamar, **a.g.m.**, s. 224. Kanaatimizce, bu karineye ilişkin kural emredici bir hukuk kuralı değildir ve taraflar sekiz günlük süreye ilişkin –kanundaki sınırlamaları nazara alarak- değişiklik yapabilecekleri gibi, bu karinenin uygulanmayacağına yönelik de bir sözleşme yapabilirler.

⁸⁴¹ Ünal, **a.g.e.**, s. 152; Özdamar, **a.g.m.**, s. 225; Karahan, **a.g.m.**, s. 690.

⁸⁴² Özdamar, **a.g.m.**, s. 225; Karahan, **a.g.m.**, s. 690.

⁸⁴³ 11. HD., 15.3.1977, 977/1270-1214 (Uçar, **a.g.e.**, s. 49).

⁸⁴⁴ İmregün, **a.g.e.**, s. 55. Aynı yönde bkz. Balkız, **a.g.m.**, s. 14. Fatura itiraz edilmediği takdirde akdi ilişki için delil teşkil edeceğinden faturanın karşı tarafa verildiğinin veya tebliğ edildiğinin yazılı

olduğundan itirazın da yazılı şekilde yapılması gerektiği gerekçesiyle, Uçar⁸⁴⁵ ve Doğanay⁸⁴⁶ da tacirin basiretli olması gerektiği gerekçesiyle, faturaya itirazın yazılı şekilde yapılması gerektiği kanaatini taşımaktadır. Arkan⁸⁴⁷ ve Ünal⁸⁴⁸, faturaya itirazın temerrüt ihtarı⁸⁴⁹, sözleşmeyi fesih ya da sözleşmeden dönme amacıyla yapılan bir ihtar olmadığından, TTK m. 18/3'teki şekilde yapılmasının gerekmediğini, sözlü olarak dahi itirazın yapılabileceğini ifade etmektedir.

Ünal, İmregün'ün görüşünü, itiraz için henüz süre başlamamış olduğundan, faturanın karşı taraf aleyhine yazılı bir delil vasfını kazanmadığını ve bundan dolayı da itirazın yazılı yapılmasının gerekli olmadığını ifade ederek eleştirmiştir⁸⁵⁰. Halbuki, burada itiraz süresi başlamadan evvel fatura yazılı delil olarak kabul edilse dahi, itirazın yapılma şeklinin senede karşı senetle ispat zorunluluğu kapsamında değerlendirilmesine imkan yoktur. Şöyle ki, HMK'nın kabul ettiği kesin delile bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve bu delilin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemlerin ikibinbeşyüz Türk Lirasından az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamayacağıdır. Faturaya itirazın senede karşı senetle ispat zorunluluğu kapsamında olup olmadığını incelerken, burada senetle ispat edilen bir hususa karşı ileri sürülen iddiaların ispatı

delille veya karşı tarafa yemin teklif edilmek suretiyle ispat edilmesi gerekmektedir; tanıkla ispat imkanı yoktur. Bkz. Özdamar, E., **a.g.m.**, s. 46.

⁸⁴⁵ Fatura ile uğraşanlar genellikle tacir olduklarından ve tüm işlemlerinde basiretli olmaları gerektiğinden itiraz da noter aracılığıyla ya da idadeli taahhütlü mektupla veya telgrafla yapmaları gerekmektedir. Böylelikle itirazcı yazılı bir delile kavuşmuş olur. Bkz. Uçar, **a.g.e.**, s. 48.

⁸⁴⁶ Faturanın tebliğinde ve gerekse faturaya karşı yapılacak itirazda basiretli bir iş adamı gibi hareket zorunluluğundan dolayı tebliğ ve itirazın noter aracılığıyla veya iadeli taahhütlü mektupla ya da telgrafla yapılması gerekir. Faturaya karşı yapılan itiraz hem bir ihbar hem de faturanın düzenlenip muhataba gönderilmesi ile uygulanan karinenin ortadan kaldırılması anlamı taşıdığından yazılı olması gerekir. Hem de fatura içeriğinde yazılı miktar bakımından yine tebliğ ve itirazın yazılı olması gerekir. Bkz. Doğanay, **a.g.e.**, s. 220.

⁸⁴⁷ Sekiz gün içerisinde dava açılması da itiraz edildiğini gösterdiği gibi davacı tarafından çekilen ihtarnameye herhangi bir borcu bulunmadığı şeklinde cevap veren davalıya gönderilen faturanın da bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bkz. Arkan, **a.g.e.**, s. 152.

⁸⁴⁸ Ünal, **a.g.e.**, s. 154-155. Aynı yönde bkz. Ayhan, Özdamar, Çağlar, **a.g.e.**, s. 99; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 224; Bilgili, Demirkapı, **a.g.e.**, s. 95; Karahan, **a.g.m.**, s. 689; Şener, **a.g.m.**, s. 1039. Sözlü olarak, telefonla, e-posta yoluyla, faturanın geri postalanması veya dava açmak suretiyle de faturaya itiraz edilebilir. Bkz. Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 226. Gönderilen faturaya dayanarak yapılan icra takibine itiraz edilmesi ya da sekiz günlük süre içerisinde dava açılması durumunda da faturaya itiraz edildiğinin kabulü gerekir. Bkz. Özdamar, **a.g.m.**, s. 225.

⁸⁴⁹ "Faturanın tebliği alacağı muaccel hale getirirse de temerrüt için BK'nun 101. Maddesi gereğince ihtarname tebliği gereklidir." 19. HD., 17.01.2003, E. 2002/8989, K. 2003/296 (Legal HD., 2003, Sa. 2, s. 429).

⁸⁵⁰ Ünal, **a.g.e.**, s. 153.

söz konusu değildir. Çünkü yargılama dışında, bir belgenin içeriğine itiraz edilmekte ve ispat için sunulan bir senedi hükümden düşürmek için bir delil sunulmamaktadır. Yani, itiraz bir delil değildir. Keza, henüz bir yargılama yoktur ve yargılama dışında bir belgenin içeriğine yapılan itiraz söz konusudur. Haliyle, itirazın yapılma şeklinin senede karşı senetle ispat zorunluluğu ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Kaldı ki, faturayı alan kişinin aleyhine, faturanın senet niteliğinde olduğunu kabul etmemekteyiz.

Kanaatimizce, faturaya itiraz faturanın gönderilmesindeki gibi, ispat edilebildikten sonra her türlü yolla yapılabilir. Faturanın gönderilmesine ilişkin bahsettiğimiz şekillerin faturaya itirazda da uygulanabilmesi gerekir. Aldığı faturaya itiraz etmek isteyen tacirin gerek m. 18/3'e göre, gerek tacirin basiretli davranmasının etkisiyle, taahhütlü mektupla, telgrafla, noter aracılığıyla ya da elektronik yolla itirazın yapılması yerinde olur. TTK faturaya itirazın nasıl yapılacağına dair bir düzenleme yapmadığından ve faturaya itirazın da senetle ispat kurallarıyla ilgisi bulunmadığından, her türlü vasıta ile, yazılı, sözlü, telefonla, faturanın geri gönderilmesiyle, dava açarak, takip başlatarak, taahhütlü mektupla, telgrafla, noter aracılığıyla ya da elektronik yolla itirazın yapılması mümkündür, yeter ki ispat edilebilsin.

5. Faturanın Ticari Defterlere Geçirilmiş Olması

Faturaya sekiz gün içerisinde itiraz edilmediğinde, faturanın içeriğinin kabul edildiği sonucuna varabilmek için, tacirin faturayı ticari defterlerine kaydetmesinin zorunlu olduğu kabul edilmektedir⁸⁵¹. Bu durum, TTK m. 21/2'deki karinenin uygulanması ve faturanın gönderen lehine delil olabilmesi için bir şart olarak görülmektedir.

⁸⁵¹ Ünal, **a.g.e.**, s. 159-160; Alver, **a.g.e.**, s. 51; Balkız, **a.g.m.**, s. 12; Özdamar, **a.g.m.**, s. 228; Şener, **a.g.m.**, s. 1041.

Fatura tacirin ticari defterlerindeki kayıtların dayanaklarından birisidir⁸⁵². TTK m. 64'e göre her tacir ticari defter tutma yükümlülüğü altındadır. Maddenin ikinci fıkrasında, tacirin işletmesiyle ilgili gönderilmiş bulunan her türlü belgenin bir kopyasını saklamakla yükümlü olduğu da belirtilmektedir. Bu yüzden, ticari defterlerin usulüne uygun tutulabilmeleri için, işletmeyle ilgili faturaların defterlere kaydedilmiş olması gerekmektedir.

İspat yükü kendisine düşen tacir ve karşı taraftaki tacir, her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili bir uyuşmazlıkta, ileri sürülen vakıları mutlaka ticari defterle ispatlamak zorunda değildir⁸⁵³. Tacir, ileri sürdüğü vakıaları ticari defterlerle ispatlayabileceği gibi diğer delilleri de ticari defterlerle birlikte kullanabilir ya da ticari defterleri kullanmaz, sadece diğer delilleri kullanabilir⁸⁵⁴. Bu bakımdan, ticari defterler incelenmese de, faturaya delil olarak dayanılabilir veya m. 21/2'deki karine hüküm ifade edebilir. Dolayısıyla, faturanın delil olarak kullanılabilmesi ve m. 21/2'deki karinenin uygulanabilmesi için, faturaların mutlaka ticari defterlere kaydedilmelerinin zorunlu olmadığı kanaatindeyiz. TTK m. 21/2'de böyle bir şart aranmadığı gibi, ticari defterlerin dayanak belgelerinin defterlere kaydedilmemiş olması, defterlerin usulüne, kanuna uygun tutulmamış olduğunu gösterecektir ve faturanın delil niteliğine veya karineye etkide bulunmayacaktır⁸⁵⁵. Zira, fatura ticari defterlerden bağımsız olarak düzenlenmiş bir delildir. Faturanın ticari defterlere kaydedilmiş olması, faturanın konusu olan hususların nasıl bir delille ispat edildiği noktasında önemli olmalıdır. Yoksa, TTK m. 21/2'deki karinenin uygulanması için bir şart olarak kabul edilmemelidir. Ancak, faturaya ilişkin bir anlaşmazlık çıktığında

⁸⁵² Ünal, **a.g.e.**, s. 159.

⁸⁵³ Ejder Yılmaz, "Ticari Defterlerin Delil Olması (HMK m. 222) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Bu Konuda Getirdiği Yenilikler", **Bankacılar Dergisi**, Özel Sayı, 2013, s. 29.

⁸⁵⁴ Yılmaz, **a.g.m.**, s. 29; İmregün, **a.g.e.**, s. 103; Kuru, **Usul**, s. 2441. HMK m. 222/1'de "*Mahkeme, ticari davalarda tarafların ticari defterlerinin ibrazına kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine karar verebilir*" kuralı yer almaktadır. Hüküm HGB 258'in karşılığıdır. Maddeye göre: "*Im Laufe eines Rechtsstreits kann das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen die Vorlegung der Handelsbücher einer Partei anordnen.*" Mahkemenin kendiliğinden defterlerin ibrazına karar verdiğinde, tarafın mahkemeye defterlerini sunması gerekir. Yılmaz, m. 222/1'de mahkemenin kendiliğinden ticari defterlerin incelenmesini isteyebileceği kuralını taraflarca getirilme ilkesine uymadığı gerekçesiyle eleştirmektedir. Hatta yazar, kuralın bu ilkenin istisnası dahi teşkil etmeyeceğini belirtmektedir Yılmaz, **a.g.m.**, s. 33-34.

⁸⁵⁵ Aynı yönde bkz. Arıcı, **a.g.m.**, s. 200.

(mesela faturanın tebliğ edilmediği iddia edildiğinde, faturaya itiraz edildiğinde) ticari defterlerin incelenmesi gerekebilir⁸⁵⁶.

Faturayı alan taraf, faturayı ticari defterlerine kaydetmemişse de karinenin uygulanması mümkündür⁸⁵⁷. Faturayı alan taraf sekiz günlük sürede itiraz etmeyip, faturaları ticari defterlerine işlemişse süresinden sonra iade faturası göndermesi/itiraz etmesi m. 21/2'deki karinenin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir⁸⁵⁸. Çünkü, bu durumda hem sekiz gün içerisinde itiraz hakkı kaybedilmiş hem de fatura ticari defterlere kaydedilmiştir. Faturayı alan taraf, faturayı ticari defterlerine kaydetmiş olmasına rağmen faturaya süresinde itiraz etmişse, TTK m. 21/2'nin uygulanmaması gerekmektedir.

Faturaya itiraz edilmemesi durumunda kabul edilmiş sayılan içeriğin ne tür bir delille ispat edildiği noktasında, ticari defterlerin delil olabilme şartları ve delil niteliği önemlidir. Bu bakımdan ticari defterlerin delil niteliğine kısaca değinmek istiyoruz.

⁸⁵⁶ “Faturanın içeriğine karşı yapılan itirazlarda, satıcı, iş yapan veya yüklenicinin ticari defterlerinin incelenmesi ve düzenlenen faturanın defter kayıtlarıyla uyumlu olması gerekir ise de, faturanın tebliğ edildiği hususunun sabit olduğu hallerde, o **faturanın ticari defterlere kaydedilip kaydedilmediğinin araştırılmasının önemi yoktur.**” HGK, 12.10.2011, E. 2011/15-472, K. 2011/608 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁵⁷ “Faturaya davalı şirket tarafından itiraz edilmemiş olması taraflar arasında bir akdi ilişki bulunduğunu göstermez. Ancak, akdi ilişkinin kanıtlanması halinde, itiraza uğramayan fatura -miktar ve bedel yönünden- bir anlam ifade eder. Fatura, **davalı şirketin ticari defterlerine işlenmiş olsaydı, o takdirde bu husus, akdi ilişki yönünden yazılı beyyine başlangıcı olur ve ilişki tanıkla kanıtlanabilirdi** (15 H.D. 28.6.1995 2059-4021). Oysa, bilirkişi raporuna göre, faturanın davalı şirketin defterine kayıtlı olmadığı anlaşılmıştır. Davacı şirket anılan işle ilgili olarak davalı şirketle akdi ilişkiye girdiğini, başka bir anlatımla, aralarında eser sözleşmesi bulunduğunu kanıtlayamadığından...” 15. HD., 27.11.1996, E. 1996/5718, K. 1996/6288 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁵⁸ “Davalı firma, davacının düzenlediği takibe konu faturaları ticari defterlerine işlemiş, daha sonra iade faturaları düzenlemiştir. Bu iade faturalarından sadece biri davacı tarafın defter kayıtlarında bulunmaktadır. TTK'nın 23. maddesi uyarınca, davalıya tebliğ edilen faturalara süresinde bir itirazı olup olmadığının belirlenmesi gereklidir. Davalı tarafından süresinde yapılmış bir itiraz yok ise, davalının kabul ederek defterlere işlediği faturalar için, sonradan iade faturaları düzenlenmesi kendisinin yararına bir sonuç doğurmaz.” 11. HD., 11.11.2004, E. 2189/K. 11141 (Eriş, **a.g.e.**, s. 1160).

a. Ticari Defterlerin Delil Olabilme Şartları Ve Delil Niteliği

(1) Ticari Defterlerin Delil Olabilme Şartları

HMK m. 222/2'de ticari defterlerin, *ticari davalarda delil olarak kabul edilebilmesi için* ifadesi yer alsa da, aslında bu fıkra ticari defterlerin *sahibi lehine delil olabilmesi için* aranan şartlar yer almaktadır. Ticari defterlerin ticari davalarda delil olarak kullanılabilmesi için, tarafların defter tutma yükümüne tabi -tacir, tacir sayılan ya da tacir gibi sorumlu olanlardan biri- olması gerekmektedir⁸⁵⁹. Tacir olmayan biriyle tacir arasındaki uyuşmazlıkta ticari defterlerin delil olarak kullanılması, bir tarafa kendi lehine delil oluşturma hakkı verilirken, diğer tarafı bu haktan mahrum etmek olurdu ki, bu durum silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil edecektir⁸⁶⁰. Tacir sıfatının işlemin yapıldığı anda bulunması yeterlidir ve sonradan bu sıfatın kaybedilmesinin bir önemi yoktur⁸⁶¹. Tarafların tacir sıfatıyla birlikte gerekli olan bir diğer şart da, uyuşmazlığın tarafların ticari defterlerine kaydetmeleri gereken bir husustan kaynaklanmış olmasıdır⁸⁶². Bu bakımdan, taraflardan biri için ticari iş sayılan bir işlemin karşı taraf için de ticari iş sayılması durumunda ticari defterler delil olarak kullanılamayacaktır. Uyuşmazlığın her iki taraf için de ticari iş olması gerekmektedir.

⁸⁵⁹ Hüseyin Ülgen, "Ticari Defterlerle İspat", **BATIDER**, Ankara, 1967, s. 86-87; Kuru, **Usul**, s. 2466; Hayri Domaniç, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, 4. bs., İstanbul, Eskin Matbaası, 1988, s. 269; Ülgen, Hüseyin, **Ticari İşletme**, s. 509- 510; Senai Olgaç, Mustafa Çenberci, "İspat Hukuku Yönünden Ticari Defterler", **BATIDER**, C. III, Sa. 1, 1965, s. 105; Arkan, **a.g.e.**, s. 354; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 101.

⁸⁶⁰ Karslı, **Medeni Muhakeme**, s. 621.

⁸⁶¹ Ülgen, **a.g.m.**, s. 87; Arkan, **a.g.e.**, s. 354.

⁸⁶² Arkan, **a.g.e.**, s. 355; Ülgen, **a.g.m.**, s. 90; Domaniç, **Ticaret**, s. 270; Ülgen, **Ticari İşletme**, s. 50-511. Diğer bir ifadeyle, uyuşmazlık konusunun her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili bir hukuki işlem olması gerekmektedir Kuru, **Usul**, s. 2467; aynı yönde bkz. Karslı, **Medeni Muhakeme**, s. 621; Yılmaz, **a.g.m.**, s. 31. Ticari defterlerin kesin delil niteliğini kazanabilmeleri için uyuşmazlığın her iki taraf için de ticari iş olan bir husustan çıkmış olması gerekir. Bkz. Olgaç, Çenberci, **a.g.m.**, s. 106-107; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 101. Ticari defterlere kaydedilmesi gereken hususlar ticari işletmeyle ilgili olarak yapılan hukuki işlemlerdir. Haksız fiiller (haksız rekabet mesela) ticari defterlere kaydedilebilecek hususlardan değildir. Bkz. Arkan, **a.g.e.**, s. 355; Domaniç, **Ticaret**, s. 270. Haksız rekabete maruz kalan bir kimse lehine tazminata hükmedilebilmesi için, ticari defterlerin incelenmesi gerektiğinde, ticari defterler ile ispat değil, ticari defterlerin ibrazı söz konusu olmaktadır. Bkz. Ülgen, **Ticari İşletme**, s. 512.

i. Sahibi Lehine Delil Olabilme Şartları

Bir kimsenin kendi lehine oluşturduğu senetle ileri sürdüğü vakıyı ispat etmesi kural olarak mümkün olmamasına rağmen⁸⁶³, HMK m. 222’de kabul edilen ticari defterlere ilişkin istisnaya bu durum mümkün kılınmıştır⁸⁶⁴. Belirtmek gerekir ki, m. 222/3’te sahibi lehine ticari defterlerin delil olma şartları değil de, aslında ticari defterlerin kesin delil olma şartları ifade edilmektedir⁸⁶⁵. Kanun koyucu burada teknik bir hataya düşmüştür.

⁸⁶³ Kuru, **Usul**, s. 2464. Bir kimsenin kendi lehine delil (senet) oluşturması kural olarak mümkün değildir. Sadece tacirler arasında ticari muamelelerden dolayı çıkan ihtilaflarda ticari defterler sahibi lehine delil (senet) sayılabilir. Bkz. Seyithan Deliduman, *Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki*, **AÜEHFD**, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 415, dn. 13. “*Bir kimsenin kendi düzenlemiş olduğu belgelere dayanarak iddiasını ispat etmesi, kural olarak mümkün değildir. Ancak TTK ile bu kurala bir istisna getirilmiş ve tacirin tutmuş olduğu defterlerin, belli şartlar altında kendi lehine kanıt oluşturabileceği kabul edilmiştir. Defterlerin sahibi lehine kanıt oluşturması, istisnai bir durum olduğundan, bazı koşullara bağlanmıştır.*” 9. HD., 22.3.2010, E. 2008/17627, K. 2010/5393 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). “*Alacaklı ve borçlusu tacir olmayanlar veya biri tacir olup da diğeri tacir olmayanlar arasında çıkan ihtilaflı hususu, ispat etmek isteyen kendi sözü ve yazısının lehine delil sayılması caiz olmayıp iddiasını Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun kabul ettiği sübut delilleri ile ispat etmesi icabedeceğine ve yalnız tüccarlar arasında ticari muamelelerden dolayı çıkan ihtilaflı ticaret defterleri münderecatının Ticaret Kanununun kabul ettiği kayıt ve şartlar dairesinde defter sahibi lehine delil sayılacağına...*” İBK, 15. 3. 1950, 28/6, r.g. 30.06.1950, s. 7546.

⁸⁶⁴ Ticari defterlerle ispata ilişkin önceki TTK m. 82-86’da düzenleme bulunmaktaydı. Ancak, TTK’da ticari defterlerle ispatın yeni koşullara uygun olmadığı düşünülerek, ticari defterlerin delil niteliğine ilişkin hükümler yeni TTK’ya alınmamıştır. HMK m. 222/3’te: “*Ticari defter kayıtlarının sahibi ve halefleri lehine delil olarak kabul edilebilmesi için, diğer tarafın aynı şartlara uygun olarak tutulmuş ticari defterlerindeki kayıtların bunlara aykırı olmaması veya ilgili hususta hiç bir kayıt içermemesi yahut defter kayıtlarının aksinin senet veya diğer kesin delillerle ispatlanmamış olması gerekir. Bu şartlara uygun olarak tutulan defterlerdeki sahibi lehine ve aleyhine olan kayıtlar birbirinden ayrılamaz.*” Bu maddede bazı sıkıntılar söz konusudur. 3. Fıkra da ilgili hususta karşı tarafın defterlerinin kayıt içermemesi durumunda, diğer tarafın defterini lehine delil olarak kullanılabileceği ifade edilmiştir. Ancak bu durumun uygulanma imkanı yoktur. Çünkü, A’nın defterinde B’den 10.000 Lira alacağı yazmaktadır ve A’nın ve B’nin defterleri usulüne uygun tutulmaktadır, B’nin defterlerinde A’nın defterlerine aykırı bir kayıt olmamakla beraber, o kayıtlara dair bir beyan da bulunmamaktadır. Bu durumda madde metnine göre A’nın defteri kendi lehine kesin delil olmaktadır. Bu ifade hatalıdır ve uygulanması gerekmektedir. Bu hususta A’nın defterinin ispat kuvvetinin bulunmaması gerekir. Aynı yönde bkz. Karslı, **Medeni Muhakeme**, s. 620. Her iki tarafın defter kayıtlarının birbirini doğrulamasının gerekliliğiyle birlikte, bu defterlerin kanuna uygun olarak tutulmuş olması ticari defterlerin sahibi lehine delil olması için gerekli kabul edilmektedir HMK m. (222/2-3). A tacirinin defterleri kanuna uygun tutulmuş olmasına rağmen, B tacirinin defterleri usulüne uygun tutulmamışsa, m. 222’ye göre kanuna uygun olarak tutulmuş defterler sahibi lehine delil olamazken, usulüne uygun tutulmayan defterler sahibi aleyhine ve karşı taraf lehine delil olacaktır. Bu düzenleme de isabetli değildir. Usulüne uygun defterlerini tutmuş olan tacirin defterlerinden faydalanması engellenmektedir. Önceki TTK m. 86 c.1’de bu defterin, kanuna uygun hareket etmiş olan tacir lehine delil olabileceği düzenlenmekteydi.

⁸⁶⁵ Karslı, **Medeni Muhakeme**, s. 620.

Ticari defterlerin sahibi lehine delil olması için yukarıda saydığımız iki şartla birlikte, başka şartlara da ihtiyaç vardır. Ticari defterlerin sahibi lehine delil olabilmesi için usulüne uygun tutulmuş olması ve defter kayıtlarının birbirini doğrulaması da gerekmektedir⁸⁶⁶. Ayrıca, karşı tarafın, ticari defterlerde yer alan kayıtların aksini, kendi ticari defterleriyle ya da başka kesin delillerle ispat edememiş olması da gerekmektedir⁸⁶⁷.

Ticari defterlerin sahibi lehine kanıt olabilmesi için, defter kayıtlarının dayanağını teşkil eden belgelerin ibraz edilmelerine gerek bulunmamaktadır⁸⁶⁸. Ticari defterler yeterince açık değilse, çelişik kayıtlar içeriyorsa, ispat yükünü taşıyan taraf, dayanak belgeleri de sunmak zorunda kalabilir⁸⁶⁹. Yargıtay, ticari defterlerin dayanak belgelerinin mahkemeye sunulması gerektiği yönünde karar vermektedir⁸⁷⁰.

ii. Sahibi Aleyhine Delil Olabilme Şartları

HMK m. 222/4'te : “*Açılış veya kapanış onayları bulunmayan ve içerdiği kayıtlar birbirini doğrulamayan ticari defter kayıtları, sahibi aleyhine delil olur.*” düzenlemesi yer almaktadır. Bu fıkroda *kanuna ve usulüne uygun olarak eksiksiz tutulmadan* söz edilmemiştir ve bu ifadenin madde metnine konulması unutulmuştur.

⁸⁶⁶ Ülgen, **a.g.m.**, s. 92-93; Olgaç, Çenberci, **a.g.m.**, s. 111; Kuru, **Usul**, s. 2470-2471; Arkan, **a.g.e.**, s. 356; Ülgen, **Ticari İşletme**, s. 512; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 102.

⁸⁶⁷ Arkan, **a.g.e.**, s. 356; Kuru, **Usul**, s. 2473-2474; Olgaç, Çenberci, **a.g.m.**, s. 114-115; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 102.

⁸⁶⁸ Belgelerin ibrazı gerekli görülseydi ticari defterlerin tutulmasının ve defterlerle ispat usulünün önemi kalmazdı. Bkz. Arkan, **a.g.e.**, s. 356. Ülgen de aynı fikri şu gerekçelerle paylaşmaktadır. Yazara göre, Senet, fatura, makbuz vs. mahiyette belgeler defter kayıtlarının ispat edilmesi gerekir dersek, karşımıza şu mesele çıkar: Tacirler arasında iki tarafın durumuna göre senede bağlanması gelenekten olmayan işlemler çoktur. Ayrıca, defter kayıtlarının bu belgelerle ispatı gerekli görüldüğünde ticari defterlerin ispat aracı olarak hiçbir değeri kalmaz. Aslında senet, fatura, makbuz tek başına delil gücüne sahip belgelerdir. Bundan dolayı ticari defterleri ortaya çıkarmanın bir anlamı kalmaz. Bkz. Ülgen, **a.g.m.**, s. 102. Aynı yönde bkz. Ali Cem Budak, “Ticari Defterlerle İspat Usulü Kaldırılmamalıdır”, **YÜHFD**, C. II, Sa.1, 2005, s. 517; Yılmaz, **a.g.m.**, s. 33.

⁸⁶⁹ Yılmaz, **a.g.m.**, s. 33.

⁸⁷⁰ “*Davacının ticari defter ve belgeleri usulüne uygun tutulmuş ise de defter kayıtlarının dayanak belgelerle desteklenmesi gerekmektedir.*” 19. HD., 27.6.2012, E. 2012/1593, K. 2012/10656 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). “*Defterlerinin davacı yararına delil olarak kabul edilebilmesi için, usulüne uygun tasdik mevcut olması dahi tek başına yeterli değildir; defterlerdeki kayıtların dayanağını oluşturan belgelerin de mevcut olması ve yine TTK.nun ilgili diğer hükümlerinde aranan öteki koşulların da gerçekleşmiş bulunması şarttır.*” HGK, 2.10.2002, E. 2002/19-753, K. 2002/661 (Yasa Hukuk Dergisi, 2004, s. 168).

Ticari defterler usulüne uygun olarak tutulmadıkları takdirde, sahibi lehine delil olamamakla beraber, sahibi aleyhine kesin delil olarak kullanılabilir. Ticari defterlerin sahibi aleyhine delil olması için usulüne uygun tutulup tutulmadıkları önemli değildir. Her halukarda, genel kurallara göre sahibi aleyhine delil olur. Tutulan defterlerin sahibi aleyhine delil olabilmesi için, karşı tarafın tacir olması da gerekli değildir⁸⁷¹.

Ticari defterlere işletme ile ilgili olan belgeler kaydedilmediği takdirde, ticari defterler usulüne uygun olarak tutulmamış olur. Faturayı düzenleyip B'ye gönderen A, faturayı ticari defterlerine kaydetmediğinde, ticari defterlerindeki usulsüzlükten dolayı ticari defterleri lehine delil olarak kullanılamayacaktır. Faturayı alan B, faturaya itiraz etmezse ve ticari defterlerine faturayı kaydederse, faturayı kabul etmiş olur. B, faturaya itiraz etmez, ticari defterlerine de kaydetmezse, ticari işletmesiyle ilgili aldığı bir belgeyi ticari defterlerine kaydetmemiş olduğundan, ticari defterlerine ilişkin bir usulsüzlük söz konusu olur ve defterleri aleyhine delil olarak kullanılabilir⁸⁷². Ayrıca B, defterlerini usulüne uygun tutmamışsa, ancak faturaları defterlerine işlemişse, usulüne uygun tutulmamış olan defter aleyhine delil olacağından, kayıtlı faturalar da ticari defterlerle birlikte B'nin aleyhine delil teşkil edecektir⁸⁷³. Bu durumda da faturaya ticari defterlerden bağımsız olarak dayanılabilir.

⁸⁷¹ Arkan, **a.g.e.**, s. 354; Domaniç, **a.g.e.**, s. 270; Karlı, **Medeni Muhakeme**, s. 620.

⁸⁷² “*Davalı tarafın ticari defterlerinin usulüne uygun tutulmamış olması halinde dahi kendisi aleyhine delil teşkil edeceği, takip konusu fatura ticari defterlere işlenirse dahi taraflar arasındaki ticari ilişki veya borç olarak kayıt bulunması halinde bu hususun davalı aleyhine delil teşkil edeceği hususu gözetilerek taraflar arasındaki hukuki ilişkinin varlığının kabulünün gerekeceği açıktır.*” HGK, 28.03.2012, E. 2011/11-862, K. 2012/251 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁷³ “*Kesin delil niteliği taşıyan tarafların ticari defterleri; usulünce tutulmaları halinde taraflar lehine, usulsüz tutulmaları halinde ise usulsüz tutan taraf aleyhine delil teşkil edecektir. Hal böyle olunca, davalının satın almadığını iddia ettiği mallara ilişkin faturalara yasal sürede itiraz etmemiş; yöntemince tasdik ettirmediği ticari defterlerine de bu faturaları kaydetmiş olmasına göre, davacının dayanağı faturalarda yer alan malların davalı tarafından satın alındığının kabulü gerekir. Diğer bir anlatımla, davalının, usulüne uygun tutulmamış defterleri kendisi aleyhine delil teşkil ettiğinden ve bu defterlerde takip dayanağı faturalar kayıtlı olduğundan, artık bu faturadaki malları satın almadığı yolundaki savunmasının dinlenmesine olanak bulunmamaktadır.*” HGK, 12.5.2010, E. 2010/13-246, K. 2010/267 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay her ne kadar yerleşik uygulamasında, faturaya temel teşkil eden borç ilişkisinin faturayı düzenleyen tarafından ispat edilmesi gerektiği kanaatini taşısa da, ilişki inkar edildiği halde usulüne uygun tutulmamış ticari defterlere faturanın kaydedilmesi durumunda haklı olarak farklı kararlar verebilmektedir. Nitekim, usulüne uygun tutulmamış ve faturanın kayıtlı olduğu ticari defter sahibi aleyhine delil teşkil

iii. Delillerin Hasredilmesine İlişkin Özel Durum

HMK m. 222/5'te taraf tacir olmasa da karşı tarafın ticari defterlerinin delil olarak kullanılabilmesine dair özel bir hal düzenlenmiştir. HMK m. 222/5'e göre: *“Taraflardan biri tacir olmasa dahi, tacir olan diğer tarafın ticari defterlerindeki kayıtları kabul edeceğini belirtir; ancak, karşı taraf defterlerini ibrazdan kaçınırsa, ibrazı talep eden taraf iddiasını ispat etmiş sayılır.”* Madde metninde ifade edilen *diğer tarafın ticari defterlerindeki kayıtları kabul edeceğini belirtmesi* delillerin hasredilmesi anlamına gelmektedir⁸⁷⁴. Yani, tacir olsun olmasın taraf, tacir olan karşı tarafın ticari defterlerinden başka delillere dayanmayacağını bildirdiği takdirde, tacir ticari defterlerini verilen süre içinde mahkemeye ibraz etmezse, delillerini hasreden tarafın iddialarının ispatlanmış sayılmasına karar verilir⁸⁷⁵.

HMK m. 222/5'in uygulanmasında karşımıza çeşitli ihtimaller çıkmaktadır. İbraz edilen ticari defterlerde, delillerini hasreden tarafın iddialarına yönelik hiçbir kayıt yer almamaktaysa, delillerini hasreden taraf iddiasını ispat edememiş olur⁸⁷⁶.

edecektir. Böylece temel borç ilişkisinin ispatında usulüne uygun tutulmamış defterleri delil olarak kullanılabilir.

⁸⁷⁴ Ülgen, **a.g.m.**, s. 96; Ülgen, **Ticari İşletme**, s. 516. Delillerin hasredilmesinin yargılamanın devamında yapılmasının sıkıntıları olabilir. Kötüniyetli taraf karşı tarafın defterleriyle ilgili sıkıntıları fark ederek, delillerini hasredebilir ve kendi defterindeki usulsüzlüklerden kurtulabileceği gibi karşı tarafın zor durumundan da faydalanmak isteyebilir. Kanaatimizce, delillerin tahkikat başlamadan hasredilmiş olması gerekmektedir. Ayrıca HMK m. 196'da karşı tarafın açık izni olmadan, delil gösteren tarafın o delile dayanmaktan vazgeçemeyeceği belirtilmektedir. O halde, dava dilekçesinde delillerini göstermiş olan taraf, ancak karşı tarafın rızasıyla delillerini hasredebilecektir. Çünkü delillerini hasretmesi, başka delile dayanamayacağı anlamına gelir. Bundan dolayı da, karşı tarafın rızasını beklemek istemeyen ve delillerini hasretmek isteyen tarafın, dava veya cevap dilekçesinde delillerini hasretmesi gerekmektedir. Konuya dair çalışmamızda bahsettiğimiz, HMK m. 220'nin defterlerin ibraz edilmemesi durumunda uygulanmasına dair Yargıtay'ın bir kararında, delillerin hasredilmesine ilişkin şöyle bir kısım yer almaktadır: *“Davacı vekilinin 10.09.2009 tarihli oturumda münhasıran davalının ticari defterlerine dayanma talebine davalı tarafından karşı çıktığı ve davacının başlangıçta münhasıran davalı defterlerine dayanmadığı, bu itibarla davaya konu malların teslimi iddiasının kesin delillerle ispat külfetinin davacı yan üzerinde bulunduğu düşünülmeyen yanılığın değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”* denilmiştir. Mahkemece ticari defterlerin ibrazı yönünden HMK'nun 220. maddesi uyarınca işlem yapılmıştır. 19. HD., 12.12.2012, E. 2012/12747, K. 2012/18881 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁷⁵ Yılmaz, isabetli olarak, HMK m. 222/5'te, ibrazdan kaçınma halinde karşı tarafın ticari defterlerine dayanarak kişi lehine iddiasını ispat etmiş sayılır şeklinde bir karine getirildiğini ve ispat yükünden kurtarmanın söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Yazar, bu karinenin aksinin ispat edilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. Yılmaz, **a.g.m.**, s. 39.

⁸⁷⁶ Arkan, **a.g.e.**, s. 352; Kuru, **Usul**, s. 2456. Kuru ve Ülgen, karşı tarafın ticari defterleri usulüne uygun tutulmuş değilse, delillerin bu defterlere hasredilmiş olması geçerli olmaz ve delillerini hasreden taraf başka delillere dayanabilir kanaatindedir. Çünkü, bir taraf delillerini karşı tarafın ticari

Delillerini hasrettiğinden başka delile de dayanamaz⁸⁷⁷. İbraz edilen defterlerde, sadece defter sahibinin aleyhine kayıt varsa delillerini hasreden tarafın iddiası ispat edilmiş olur ve defterlerini ibraz eden taraf, defterindeki aleyhine kayıtların aksini diğer kesin delillerle ispat edebilir⁸⁷⁸. Keza, o taraf delillerini hasretmemiştir. Eğer, ibraz edilen defterlerde, defter sahibinin hem lehine hem de aleyhine kayıt bulunmaktaysa, defterlerin kanuna uygun tutulmuş olup olmamasına bakılır⁸⁷⁹. Defterler kanuna uygun olarak tutulmuşsa aleyhe ve lehe olan kayıtlar birbirinden ayrılamaz (HMK m. 222/3, son cümle)⁸⁸⁰. Defterler kanuna uygun olarak tutulmamışsa, defter sahibinin lehine olan kayıtlar nazara alınmaz, aleyhe olan kayıtlar nazara alınır.

HMK m. 222'de, defterlerin ibraz edilmemesine bağlanan sonuç, sadece delillerin hasredilmesi durumunda gerçekleşebilecektir. Bundan dolayı, karşı tarafın ticari defterleriyle birlikte başka delillere de dayanıldığında ve karşı taraf ticari defterlerini mahkemeye ibraz etmediğinde HMK m. 222 uygulanmayacak, tarafın belge ibraz etmemesi başlıklı HMK m. 220 uygulama alanı bulacaktır⁸⁸¹.

defterlerine hasrediyorsa, karşı tarafın defterlerinin kanuna uygun olarak tutulmuş olduğu kanaatıyla hareket etmektedir. Bkz. Kuru, **Usul**, s. 2457; Ülgen, **a.g.m.**, s. 95. Olgaç, Çenberci ise delillerini hasreden tarafın, karşı tarafın ticari defterlerinin kanuna uygun olarak tutulmuş olup olmadığına bağlı olmadan, artık başkaca delile başvuramayacağı kanaatindedir. Bkz. Olgaç, Çenberci, **a.g.m.**, s. 109. Kanaatimizce, delillerini hasreden taraf, delillerini hasrederken karşı tarafın ticari defterlerinin usulüne uygun olarak tutulup tutulmadığı riskini göze almıştır. Ayrıca, usulüne uygun olarak tutulmamış bir ticari defter, defter sahibinin lehinde değil, aleyhine delil teşkil eder. Bu durum da delillerini hasreden tarafın lehine olabilir.

⁸⁷⁷ Kuru, **Usul**, s. 2456.

⁸⁷⁸ Karşlı, **Medeni Muhakeme**, s. 621; Arkan, **a.g.e.**, s. 353.

⁸⁷⁹ Arkan, **a.g.e.**, s. 353.

⁸⁸⁰ Lehe ve aleyhe kayıtların ayrılmazlığının temelini ikrarın bölünmezliği ilkesi oluşturduğu yönünde bkz. Umar, **a.g.e.**, s. 691- 692; Olgaç, Çenberci, **a.g.m.**, s. 115, 116.

⁸⁸¹ Karşlı, **Medeni Muhakeme**, s. 622; Arkan, **a.g.e.**, s. 352. “Mahkemece davalının meşruhata rağmen ticari defterlerini ibraz etmediği, dolayısıyla dava konusu faturaların ticari defterlerinde kaydedildiğini ve mal teslimini kabul ettiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Mahkemece ticari defterlerin ibrazı yönünden HMK'nun 220.maddesi uyarınca işlem yapıp toplanan tüm deliller birlikte değerlendirilerek varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmelidir.” 19. HD., 12.12.2012, E. 2012/12747, K. 2012/18881 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). “6100 sayılı HMK'un 222/5 maddesi uyarınca; dava açıldığında, davanın taraflarından biri tacir olmasa dahi, tacir olan diğer tarafın ticari defterlerindeki kayıtları kabul edeceğini belirtir, ancak karşı taraf defterlerini ibrazdan kaçınırsa, ibrazı talep eden taraf iddiasını ispat etmiş sayılır. Bu hüküm, taraflardan birinin delilini, tacir olan karşı tarafın ticari defterlerine hasretmesi halinde uygulanır. Eğer taraf, delilini karşı tarafın ticari defterlerine hasretmeyerek, karşı tarafın ticari defterlerinin yanısıra başka delillere de dayanmışsa, HMK'un 222/5 hükmü değil, HMK'nun 220. maddesi uygulanır.” 19. HD., 5.11.2012, E. 2012/9592, K. 2012/15940 (Karar yayımlanmamıştır). Ticari defterlerin ibraz edilmemesinin yaptırımına ilişkin boşluğun doldurulmasına ilişkin olarak Yılmaz

(2) Ticari Defterlerin Delil Niteliği

Ticari defterlerin delil niteliğine ilişkin olarak HMK m. 222/3'te defter kayıtlarının aksinin *senet veya diğer kesin delillerle* ispatlanmamış olması şartı düzenlenmiştir. Kanun koyucu ticari defterlerin kesin delil olduğunu madde metninde açıkça düzenleyerek, önceki kanunların dönemindeki ticari defterlerin delil niteliğine dair tartışmalara son vermiştir. Ticari defterlerin sahibi lehine kesin delil

aksi kanaattir. Yazara göre, HMK m. 222/3'e, m. 222/5 paralelinde açık bir hüküm konarak ibrazı talep eden tarafın iddiasını ispat etmiş sayılacağı kabul edilir veya m. 222/5'in kıyasen uygulanması kabul edilerek aynı sonuca varılır kanaatinde. Bkz. Yılmaz, **a.g.m.**, s. 37, 39. Belirtmek gerekir ki, ticari defterlerin ibraz edilmemesi durumunda HMK m. 220'nin uygulanması ticari defterlerin doğasına tam olarak uymamaktadır. HMK m. 220/1e göre: "*İbrazi istenen belgenin, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu ve bu isteğin kanuna uygun olduğuna mahkemece kanaat getirildiğinde ve karşı taraf da bu belgenin elinde olduğunu ikrar ettiği veya ileri sürülen talep üzerine sükut ettiği yahut belgenin var olduğu resmi bir kayıtlarla anlaşıldığı veya başka bir belgede ikrar olunduğu takdirde, mahkeme bu belgenin ibrazı için kesin süre verir.*" Birinci fıkrada ticari defterin ibrazı için kesin süre verileceği belirtilmektedir. İkinci fıkrada: "*Mahkemece ibrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu inkar eden tarafa, böyle bir belgenin elinde bulunmadığına, özenle aradığı halde bulamadığına ve nerede olduğunu da bilmediğine ilişkin yemin teklif edilir.*" Tacirin ticari defter tutma yükümlülüğünü ve defterinin ziya halinde ziya belgesi alma zorunluluğunu düşündüğümüzde, bu maddede yer alan yeminin uygulama alanı bulamayacağını görmekteyiz. Keza, Kuru'nun da ifade ettiği gibi, tarafın ticari defterlerinin bulunmadığını bildirmesi ve ispat etmesi halinde dahi ticari defterlerinin ibrazından kaçınmış sayılması gerekmektedir, çünkü karşı taraf tacir olduğuna göre defter tutmaya mecburdur. Bkz. Kuru, **Usul**, s. 2451. Arkan, karşı tarafın defterlerini ibraz etmemesi durumunda veya hiç ya da usulüne uygun defter tutmamış olduğunda, iddiasını kanuna uygun olarak ve birbirini doğrulayan defter tutmuş olan tarafın, defterlerinin kendisi lehine-karşı taraf aleyhine-delil oluşturacağını ifade etmektedir. Bkz. Arkan, **a.g.e.**, s. 357. Ülgen de defter tutması gerekiyorken bu zorunluluğa uymayan tacirin en az usulsüz defter tutmaya bağlanan sonuçlara maruz kalması gerekmekte olduğunu ifade etmektedir. Zira tacir defter tutmuş olsaydı bir usulsüzlük durumunda defterlerini ibrazdan kaçınacaktı. Bkz. Ülgen, **a.g.m.**, s. 96. Eski TTK m. 68'de ziya belgesinin alınmamış olması durumunda tacirin defterlerini ibrazdan kaçındığı sonucu düzenlenmişti. Ancak yeni TTK m. 82'de böyle bir sonuç düzenlenmemiştir. Ziya belgesi alınmadığında ve ticari defterlerin ibrazı istendiğinde, teklif edilen yemin kabul edildiğinde artık tarafın ticari defterlerine dayanılamayacaktır. Madde lafzından yemin teklifini mahkemenin yapacağı anlaşılmaktadır. Ancak mahkemece teklif edilen yemin kaldırılmıştır. Burada tarafın teklif ettiği yeminin uygulanabilmesi gerekir. Üçüncü fıkraya göre, karşı taraf teklif olunan yemini reddettiğinde, verilen sürede belgeyi ibraz etmez, ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermezse, belgenin elinde bulunduğunu inkar ederse, mahkeme belgenin içeriği hakkında tarafın beyanını kabul edebilir. Burada mahkemeye bir takdir yetkisi tanınmıştır. Peki, defterlerini ibraz etmeyen taraf ikinci fıkrada teklif edilen yemini icra ederse, yani ticari defterini bulamadığına ilişkin yemini kabul ederse –defter tutmamanın cezai sorumluluklarını ayrı tutuyoruz- ne yönde karar verilecektir? Eski TTK'nın 86. maddesinde defterlerin ibraz edilmemesi durumunda, defterleri muntazam olan tarafın birbirini teyit eden defterindeki kayıtların diğeri aleyhine delil olacağı ifade edilmektedir. Eski düzenlemenin HMK'da yer alması daha isabetli olurdu. Çünkü, az evvel sorduğumuz sorunun gerçekleştiği bir durumda ne yapılacağı belli değildir. Kanaatimizce, delillerin hasrı olmayan bir durumda, ticari defterler verilen kesin süre içerisinde mahkemeye ibraz edilmezse, diğer tarafın ticari defterleri incelenir. Defterler usulüne uygun olarak tutulmuşsa, sahibi lehine ve aleyhine delil olarak kullanılabilir. Defterler usulüne uygun tutulmamışsa, sahibi aleyhine delil olur. Ancak her iki durumda da, karşı tarafın ticari defterlerine delil olarak dayanan tarafın bu defterlerin içeriği konusundaki beyanı kabul edilebilir.

olabilmesi için, tarafların defter tutma yükümlülüğüne tabi şahıslar olması, uyuşmazlığın ticari defterlere geçirilmesi gereken bir husustan kaynaklanması, defterlerin kanuna uygun olarak tutulması, karşılıklı olarak ve kendi içerisindeki kayıtların birbirini doğrulaması, başka bir kesin delille aksinin ispat edilmemiş olması gerekir. Bu şartları taşımayan ticari defterler ise pekala sahibi aleyhine kesin delil teşkil eder⁸⁸².

b. Değerlendirme

Kanaatimizce, faturaya delil olarak dayanılabilmesi ve TTK m. 21/2'deki karinenin uygulanabilmesi için, faturanın ticari defterlere kaydedilmiş olması gerekmemektedir. Ticari defterlerini usulüne uygun olarak tutmamış olan ve fatura gönderen ya da fatura alan tacir, ticari defterleriyle vakıanın ispatını sağlayamasa dahi, vakıayı ticari defterlerinin dayanağı belgelerle-fatura gibi- ispatlayabiliyorsa, ispatladığı vakıanın hüküm altına alınması gerekmektedir⁸⁸³. Ticari defterlerin kesin delil olabilme şartları gerçekleştiği takdirde, faturanın ticari defterlere kaydedilmesinin etkisiyle olağan içeriğin kesin delille ispat edilmiş olduğu kabul edilmelidir. Faturanın ticari deftere kaydedilmesinin önemi, faturanın olağan içeriğinin ne tür bir delille ispat edildiği noktasında önem taşımaktadır.

6. Tarafların Tacir Sıfatı

TTK m. 21, "Tacir olmanın hükümleri" başlığı altında yer almaktadır. Madde metninde de "*Ticari işletmesi bağlamında bir mal satmış, üretmiş, bir iş görmüş veya bir menfaat sağlamış olan tacirden..*" diyerek hem fatura verme mecburiyetini tacire yükleyip hem de ikinci fıkradaki karinenin uygulanmasını tacirin düzenlediği faturalara münhasır kılmıştır⁸⁸⁴. O halde esnafın gönderdiği faturalar için söz konusu

⁸⁸² Kuru, **Usul**, s. 2458.

⁸⁸³ "*Bir tacirin ticari defterlerinin usulüne uygun tutulmadığı için lehine delil olarak kabul edilemediği hallerde dahi, eğer, ileri sürülen alacağın varlığı dayanak belgelerle kanıtlanabiliyorsa, hüküm altına alınması gerekir.*" HGK, 2.10.2002, 2002/19-753, 2002/661 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁸⁴ Aynı yönde bkz. Ünal, **a.g.e.**, s. 163-164; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 225; Bilgili, Demirkapı, **a.g.e.**, s. 96; Karahan, **a.g.m.**, s. 686; Uçar, **a.g.e.**, s. 48; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 142; Özdamar, **a.g.m.**, s. 222; Tacir olmayanların Ticaret Kanununa ve onun usullerine tabi olmaması esastır. Tacir olmayan

karineyi uygulayamadığımız gibi, tacirin ticari işletmesiyle ilgili olmayan işlemleri ya da bir mal satımı, üretimi, iş görmesi, menfaat sağlaması dışında yapmış olduğu işlemlerine dair gönderdiği fatura için de söz konusu karineyi uygulamamız mümkün değildir⁸⁸⁵.

Faturayı gönderen tarafın tacir olma zorunluluğuna dair doktrinde bir tartışma bulunmamaktadır. Doktrindeki tartışma faturayı alan tarafın, tacir olmasının gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Katıldığımız görüşe göre⁸⁸⁶, faturaya dair karinenin uygulanabilmesi için faturayı alan tarafın tacir olması gerekmektedir. Çünkü, TTK faturaya ilişkin karineyi tacir olmanın hükümleri altında düzenlemiştir. Tacir basiretli davranmak zorunda olduğundan sekiz gün içinde taciri böyle bir itiraz zorunluluğu içerisine sokmak onun için ağır olmayacakken, tacir olmayan bir kişiyi böyle bir zorunluluk içerisinde tutmak ağır bir külfet olacaktır. Hakkaniyet gereği bu hükmü sadece tacirler için uygulamak gerekecektir. Diğer görüş⁸⁸⁷ ise maddede karşı tarafın tacir olmasına dair bir zorunluluk öngörmediğinden, faturayı alanın tacir olmaması halinde dahi söz konusu karinenin uygulanabileceği yönündedir.

İçtihatı Birleştirme Kararının, karineyi alan tarafın karineden yararlanabilmesi için tacir olmasının gerekip gerekmediğine dair yaptığı belirleme de tartışmalıdır. Karara göre: “*Faturayı alan kişinin tacir olmaması halinde özellikle*

kimse ile tacir arasında TTK hükümlerine uyma konusunda bir anlaşma yapıldığı takdirde sözleşme ve delil serbestisi ilkelerine göre bu esas zedelenmemiş olacaktır. Bkz. Sengir, Taray, **a.g.m.**, s. 3. Tacir sayılanlar ve tacir gibi sorumlu olanlar tacir olmanın külfetlerine katlanmak zorundadır. Tacir sayılanlar tacir olmanın nimetlerinden de faydalanırlar. TTK m. 21/2’de yer alan karine tacir olmanın nimetlerindedir. Bundan dolayı, faturayı düzenleyen taraf tacir sayılanlardan ise söz konusu karineden faydalanabilecekken, tacir gibi sorumlu olanlardan ise bu karineden yararlanamaması gerekmektedir.

⁸⁸⁵ Arkan, **a.g.e.**, s. 149; Ayhan, Özdamar, Çağlar, **a.g.e.**, s. 99; Bilgili, Demirkapı, **a.g.e.**, s. 95; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 45; Özdamar, **a.g.m.**, s. 222.

⁸⁸⁶ Ünal, **a.g.e.**, s. 166; Arkan, **a.g.e.**, s. 150; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 226; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 224-225; Ayhan, Özdamar, Çağlar, **a.g.e.**, s. 99; Sengir, Taray, **a.g.m.**, s. 3; Özdamar, **a.g.m.**, s. 223.

⁸⁸⁷ Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 142-143; Özdamar, E., **a.g.m.**, s. 45; Uçar, **a.g.e.**, s. 48. Kanunun bu hükmü tacir olmayan kimseler için biraz ağır bir mükellefiyet gibi görünse de faturayı düzenleyen tacirin yaptığı satışın uzun süre muallakta kalması ve kesinleşmemiş olması ticari istikrarı sarsacağı için kanun koyucu “faturayı alan kimse” diyerek sekiz gün içerisinde itiraz etme külfetini tacir olmayanlara da yüklemeyi tercih etmiştir. Bkz. Doğanay, **a.g.e.**, s. 223.

tüketiciyi koruma amacıyla ekonomik yönden daha kuvvetli olan tacir (satıcı vs) karşısında alıcının korunması gerektiği; faturaya konulan vade farkı kaydına alıcının sekiz gün içinde itiraz etmemesi durumunda faturayı düzenleyen tacirin TTK.nun 23/2. maddesindeki karineden yararlanamayacağı, faturadaki vade farkı kaydına itiraz edilmemesinin sonuç doğurmayacağı da kabul edilmiştir.” Bazı yazarlar, İBK ile artık karinenin uygulanabilmesi için faturayı alan tarafın tacir olma zorunluluğunun kabul edildiğini ifade ederken⁸⁸⁸, Poroy Yasaman ise, Yargıtay’ın görüşünü karinenin uygulanabilmesi için karşı tarafın tacir olmasının gerekmediği yönünde görüş ileri sürmektedir⁸⁸⁹. Kanaatimizce Yargıtay, m. 21/2’nin karşı tarafın tacir olmaması durumunda da mümkün olduğunu belirterek, özellikle bu durumda vade farkının olağan içerikten sayılmasının hak kaybına sebep olacağını kabul etmiştir. Dolayısıyla m. 21/2’deki karinenin uygulanabilmesi için faturayı düzenleyen tacir olması gerekirken, faturayı alan tarafın tacir olmasının gerekli olmadığını kabul etmektedir. Nitekim HGK bir kararda “*Her ne kadar TTK m. 23, tacir sıfatının sonuçlarını düzenleyen kısımda yer almış ise de, faturayı alan kişi tacir sıfatını taşımasa da itiraz mecburiyeti onun için de geçerlidir.*” diyerek, karinenin uygulanması için karşı tarafın tacir olmasının gerekli olmadığını içtihat etmiştir⁸⁹⁰.

C. TTK M. 21/2’DEKİ KARİNENİN ETKİLERİ

1. Karinenin Faturanın Delil Niteliğine Etkisi

Faturanın delil niteliği belirlenirken, m. 21/2’deki karinenin etkisi nazara alınmaktadır⁸⁹¹. Bu hususta, karinenin, bir belgenin delil niteliğinin belirlenmesinde etkisinin olup olmadığı sorusu sorulmalıdır. Biz de bu sorunun cevabını vermeden önce, faturayı gönderen ve faturayı alan açısından, faturanın delil niteliğine ilişkin doktrin görüşlerini ele almak ve daha sonra kendi kanaatimizi belirtmek istiyoruz.

⁸⁸⁸ İBK, 27.6.2003, E. 2001/1 K. 2003/1. Karahan, **a.g.m.**, s. 690; Özdamar, **a.g.m.**, s. 224; Özdamar, E., **a.g.m.**, s. 45; Şener, **a.g.m.**, s. 1041; Ünal, **a.g.e.**, s. 167.

⁸⁸⁹ Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 143.

⁸⁹⁰ HGK, 12.10.2011, E. 2011/15-472, K. 2011/608 (Kazancı İtihat Bilgi Bankası).

⁸⁹¹ Sekiz günlük süre içerisinde faturaya itiraz edilmemesi neticesinde, faturanın aleyhe delil olarak kullanılması faturanın ispat fonksiyonunu göstermektedir. Bkz. Özdamar, **a.g.m.**, s. 221.

a. Faturayı Gönderen Bakımından Faturanın Delil Niteliğine Etkisi

Fatura kendisini düzenleyen tacir aleyhine, m. 21/2'deki karine uygulansın ya da uygulanmasın senet olarak kabul edilmelidir⁸⁹². Çünkü, faturayı düzenleyen taraf, yazılı, dış alemde cisim bulan, iradesini belirttiği, kendi imzasını taşıyan bir belge düzenlemektedir⁸⁹³. Bu faturaya, süresinde itiraz edilmesinin, faturanın, faturayı düzenleyen tacir bakımından bir etkisi bulunmamaktadır. Senedin özelliklerini taşıdıktan sonra, fatura düzenleyen aleyhine senet teşkil etmektedir.

b. Faturayı Alan Bakımından Faturanın Delil Niteliğine Etkisi

TTK m. 21/2'nin etkisiyle faturanın içeriğine itiraz edilmemesi halinde, faturanın faturayı alan bakımından, senet niteliğini kazanmış olduğu doktrinde hakim görüş olarak kabul edilmektedir⁸⁹⁴. Bu görüşe göre, her ne kadar fatura, aleyhine delil teşkil edeceği taraftan sadır olmayıp onun irade beyanını taşımasa da, faturayı

⁸⁹² Aynı yönde bkz. Ünal, **a.g.m.**, s.8; Arıcı, **a.g.m.**, s. 199. Faturanın düzenleyen aleyhine delil olabilmesi için, taraflar arasında bir temel borç ilişkisinin bulunması, faturayı alan kişi adına bir fatura düzenlenmiş olması, faturada faturayı düzenleyen tacirin adı soyadı veya ticaret unvanı, malın işin cinsi, türü, miktarı, ücreti, bedeli ve talep edildiği takdirde bedelin ödenmiş olduğu yer alması gerekmektedir. Bkz. Arıcı, **a.g.m.**, s. 200.

⁸⁹³ Senede ilişkin olarak bkz. Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 725; Karslı, **Medeni Muhakeme**, s. 584; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 596; Üstündağ, **Yargılama**, s. 636 vd.; Kuru, **a.g.e.**, s. 2073 vd.; Deliduman, **a.g.e.**, s. 415.

⁸⁹⁴ Ünal, **a.g.e.**, s. 171; İmregün, **a.g.e.**, s. 54, 55; Domaniç, **a.g.m.**, s. 663; Özdamar, E., **a.g.m.**, s. 48; Sengir, Taray, **a.g.m.**, s. 3. Arkan, **a.g.e.**, s. 152; Ünal, **a.g.m.**, s. 8; Doğanay, **a.g.e.**, s. 219; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 225; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 145; Özdamar, **a.g.m.**, s. 225; Uçar, **a.g.e.**, s. 48; Özdamar, **a.g.m.**, s. 47. Bu durumda fatura her iki taraf için de makbuz niteliğinde olacağına dair bkz. Özdamar, E., **a.g.m.**, s. 48; Arıcı, **a.g.m.**, s. 201. Şener, faturaya itiraz edilmediğinde faturayı alan tacir aleyhine, faturanın kanunen yazılı delil halini alacağını ancak bu delilin kesin bir delil olmayıp aksinin diğer kesin delillerle ispat edilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. Şener, **a.g.m.**, s. 1042. Fransız Medeni Kanunu m. 1316'da deliller: yazılı deliller, tanıklık, karineler, taraf ikrarı ve yemin olarak sayılmıştır. Konuralp de, ticari defterlerden bahsederken, defterlerin uyumsuzluk öncesi yazılı delillerden olmakla beraber senet niteliğinde olmadıklarını belirtmiştir Haluk Konuralp, **Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 27, 84. Yargıtay kararlarında yazılı delil senet-kesin delil olarak kabul edilmektedir. "Mirasçuların külli halef sıfatıyla senede karşı dava açmaları halinde, iddialarını ancak senetle (yazılı delille) ispat edebilirler." 19. HD., 17.9.2009, E. 2009/998, K. 2009/8386 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Biz de yazılı delil ifadesini senet, kesin delil olarak kabul etmekteyiz.

alan taraf, faturaya itiraz etmeyerek kendi iradesinin de faturada yer almasını sağlamış olmaktadır⁸⁹⁵. Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir⁸⁹⁶.

Domaniç ise bu görüşe katılmamaktadır. Yazar, itiraz edilmemiş faturanın Borçlar Kanunu anlamında borç altına girenlerin iradelerinden doğmuş yazılı delil niteliğinde bir belge olmadığını, zaten faturaya itiraz edilmediğinde de faturada itiraz etmeyen kimsenin imzasının bulunmamakta olduğunu ifade etmektedir⁸⁹⁷.

Faturayı alan taraf için, sekiz günlük sürede itiraz edilmemiş olmasının bu belgeye senet niteliğini kazandırıp kazandırmadığını incelemek için, öncelikle senedin taşınması gereken özellikleri ele alalım. Bir belgenin senet olabilmesi için yazılı olması, dış alemde cisim bulması, belgeyi düzenleyen şahsın irade beyanının yer alması ve bu şahsın imzasını taşınması gerekir⁸⁹⁸. İmza senedin kişi ile özdeşleşmesini sağladığından, belgenin senet olarak kabul edilebilmesi için zorunludur ve imzası olmayan belge senet olarak kabul edilemez⁸⁹⁹.

Kişinin kendi lehine senet düzenlemesi mümkün değildir. Çünkü, senedin aleyhine kullanılacağı kişiden sadır olması, ki bunu metni imzalamış olmasından anlarız, gerekmektedir. Bu kuralın istisnasına kanun açıkça izin vermedikçe⁹⁰⁰, yeni

⁸⁹⁵ Ünal, **a.g.m.**, s. 8; Özdamar, E., **a.g.m.**, s. 48.

⁸⁹⁶ “T.T.K.nun 23. maddesinin 2. fıkrası hükmü ile, fatura özellikle tacirler arasında ifaya yönelik bir ispat aracı olarak kabul edilip; süresinde itiraz edilmemekle münderecatından sayılan hususlar yönünden düzenleyen lehine, adına fatura düzenlenenin aleyhine, bir karine getirilmiştir. **Bu karine faturanın ispat gücüne yönelik bir düzenlemeyi ortaya koymaktadır.** Eş söyleyişle, faturanın adına tanzim edilen aleyhine ispat vasıtası olması, yani, faturayı alan kişinin fatura kendinden sadır olmamakla birlikte aleyhine delil teşkil etmesi T.T.K.nun 23. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ve yukarıda ayrıntısı açıklanan bu karineden kaynaklanmaktadır.” HGK, 12.10.2011, E. 2011/15-472, K. 2011/608 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). “Mevcut kanuni karineye ve münderecatına 8 gün içinde itiraz edilmemiş olması suretiyle **yazılı delil niteliğini kazanmış bulunan faturaya** rağmen alıcıya ademi teslimin tanıkla ispatı imkanının tanınması doğru değildir.” TD, 08.04.1968, 66-3194/1982 (Abuzer Kendigelen, Erdoğan Moroğlu, **İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2014, s. 54).

⁸⁹⁷ Domaniç, **a.g.m.**, s. 663.

⁸⁹⁸ Senet hakkındaki açıklamalar için bkz. Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 725; Karslı, **Medeni Muhakeme**, s. 584; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 596; Üstündağ, **Yargılama**, s. 636 vd.; Kuru, **a.g.e.**, s. 2073 vd.; Deliduman, **a.g.e.**, s. 415.

⁸⁹⁹ Deliduman, **a.g.m.**, s. 416. Senedi meydana getirenin onu kendi aleyhine senet olarak düzenleme iradesinin olması gerekli değildir, aksi takdirde tesadüfi senetler olamazdı. Bkz. Karslı, **Medeni Muhakeme**, s. 583; Deliduman, **a.g.m.**, s. 415.

⁹⁰⁰ Ticari defterlerde bir istisna oluşturulmuştur.

bir istisna oluşturulmamalıdır. Faturayı alan tarafın faturada imzası bulunmamakta, fatura kendisinden sadır olmamaktadır. Böylece, faturada faturayı alan tarafın irade beyanı yer almamaktadır. Peki, bu durumda 21/2’de yer alan karine, fatura içeriğinin kabul edildiğinin sayılması, faturayı alan için faturanın ondan sadır olmasını, onun irade beyanını taşımasını sağlayabilir mi? İçeriğinin kabul edilmiş sayılması faturaya, imzası belgede yer almayan kişinin aleyhine senet niteliğini kazandırır mı? Nihayet, buradaki karine bir imza fonksiyonu sağlar mı?

Olay karinelerinin hukuki niteliğini ele alırken, özel nitelikte ispat yükü kuralları oldukları sonucuna varmıştık. Bu kurallar, karine temeli ispat edildiğinde belirsizlik durumunda hakime ne yönde karar vermesi gerektiğini gösteren, ispat yükünün özel dağılımını belirleyen, karine sonucu bakımından ispat muafiyeti sağlayan kurallardır. Keza, olay karineleri ispatlayıcı etkiyi haiz değildir ve ispat kurallarının etkisini göstermez. Doktrinde TTK m. 21/2’ye dair hakim görüş olarak savunulan, karinenin etkisiyle faturayı alan taraf için faturanın senet niteliğini kazandığı düşüncesi, bu karinenin ispat kuralı olarak kabul edilmesinin neticesinde benimsenebilir. Bu karinenin aynı zamanda ispat yükü etkisinin de olduğu, karine sebebiyle ispat yükünü yer değiştirdiği de kabul edilmektedir⁹⁰¹. Halbuki, bir kural hem ispat kuralı hem de ispat yükü kuralı olarak kabul edilemez. Çünkü, ispat kuralı ispat faaliyetinde kullanılan vasıtanın ispatlayıcı etkisine yönelikken, ispat yükü kuralı, ispatsızlık durumunda uygulanmakta ve ispat faaliyetinin kim tarafından ve ne yönde yapılması gerektiğini göstermektedir. Bu bakımdan, TTK m. 21/2’deki karinenin, aksi ispat edilebilen karinelerin ispat yükü kuralı olmalarından dolayı, faturaya senet niteliği kazandırmadığını kabul etmekteyiz.

Faturayı alan taraf için faturanın senet niteliğinde olamayacağının başka bir gerekçesi de, kabul edilmiş sayılma sonucunun bir irade beyanı olmadığı, senetteki imzanın işlevini yerine getirmeyeceğidir. Bu hususta, Postacıoğlu’nun ikrarın dahi imzanın işlevini taşımayacağına dair kabulüne yer vermek istiyoruz⁹⁰²:

⁹⁰¹ Bkz. Dördüncü Bölüm: Karinenin İspat Yüküne Etkisi.

⁹⁰² Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 597.

“Vesika altında imza mevcut değilse bu vesikaya senet nazariyle bakılamaz; hatta, o vesikanın kendisinden sadır olduğu bizzat o şahıs tarafından mahkeme huzurunda ikrar edilmiş olsa bile bu böyledir.”

Bir senedin kendisinden sadır olduğu mahkemede ikrar edilse dahi, belgede imza bulunmadığından belgenin senet niteliğinde olmadığı kabul ediliyorsa, bir belgenin içeriğine itiraz edilmediğinde, kanunun içeriğinin kabul edilmiş sayması durumunda da, belge pekala senet niteliğinde olamayacaktır. Bundan dolayı, faturayı alan tarafın, faturaya itiraz etmemesi üzerine içeriğini kabul etmiş sayılması, faturanın ondan sadır olduğu sonucunu doğurmaz ve imzası olmayan bu belgeye, faturayı düzenleyen lehine senet niteliğini kazandırmaz. Zira, burada karine, senette yer almayan irade beyanının yerine geçmediği gibi imzanın işlevini de taşıyamaz.

Faturanın içeriğinin kabul edilmiş sayılması, senedin aleyhine kullanılacağı kişinin iradesini gösteren, onun imzasının yerini tutan bir hukuki sonuç olmamalıdır. Kanunda açıkça istisna tanınmadan, bir karineye imza işlevinin tanınması doğru değildir. Bu yüzden, faturaya sekiz gün içerisinde itiraz edilmemesinin faturanın içeriğinin kabul edilmiş sayılması sonucunda, faturanın faturayı alan için kesin delil niteliği kazandığı görüşüne hem karinenin ispat kuralı işlevi taşımadığından hem de karinenin imza işlevi bulunmadığından katılmamaktayız.

TTK m. 21/2 ile faturaya itiraz edilmediğinde, faturanın olağan içeriğinin tarafların anlaşmış oldukları temel sözleşmeye uygun olduğu kabul edilmiş ve bu hususlara ilişkin ispat yükünden faturayı gönderen taraf muaf tutulmuştur. Fatura bu kayıtlar açısından delil niteliğindedir. Faturanın içeriğindeki kayıtların kesin delille ispat edildiği sonucuna varabilmemiz ise, ancak, faturanın ticari defterlere kaydedildiği ve ticari defterlerin kesin delil niteliğinde olduğu durumda söz konusu olabilecektir. Fatura ticari defterlere kaydedilmemişse, gönderildikten sonra sekiz gün içerisinde itiraza uğramamış dahi olsa, HMK m. 199 anlamında sadece bir belge olarak ele alınmalıdır. Zira, fatura uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli bir bilgi taşıyıcısıdır. Ancak belgelerin delil başlangıcı olarak ele alınmasını sağlayabilen HMK m. 202 anlamında, faturayı, gönderen taraf lehine delil başlangıcı

olarak da kabul edemeyiz. Çünkü, bu halde fatura, kendisine karşı ileri sürülebilen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş bir belge değildir.

2. Karinenin İspat Yüküne Etkisi

Faturayı alan tarafın sekiz gün içerisinde faturaya itiraz etmemesi sonucunda uygulanan karinenin, ispat yükünün yer değiştirmesine sebep olduğu kabul edilmektedir. Şöyle ki, normal şartlarda fatura verende olan, faturanın içeriğinin kabul edildiğine dair ispat yükünün, sekiz günlük sürenin itirazsız geçmesi üzerine, faturanın içeriğinin kabul edilmediğine yönelik ispat yükünün, itiraz etmeyen tarafa geçeceği belirtilmektedir⁹⁰³.

İspat yükünün objektif ve subjektif ayrımı açısından yaptığımız değerlendirmede, objektif ispat yükünün hukuk kuralları tarafından belirlenmiş olduğunu ve yargılamada yer değiştirmeyeceğini; ancak subjektif ispat yükünün (delil ikame yükü), vakıalara ve delillere yönelik olduğundan yargılamada yer değiştireceğini kabul etmiştik⁹⁰⁴. Kanuni karinelerin ispat yüküne istisna getirmeleri, karine sonucu açısından söz konusu olmakta ve karine temeline dair karineye dayanan taraf ispat yükünü taşımaktadır. Karinenin karşı tarafında yer alan, faturayı alan taraf, karinenin aksini ispat yükünü taşımaktadır. Aksini ispatta bahsettiğimiz gibi, karineyi çürütmek isteyen taraf bağımsız bir asıl ispat faaliyeti yapmaktadır⁹⁰⁵. Zira, yargılamada ispat yükü yer değiştirerek ona geçmemekte, kanun tarafından belirlenen ispat yükünü taşımaktadır. Faturaya sekiz gün içerisinde itiraz edilmediğinde, faturayı alan tarafa geçen delil ikame yüküdür.

Sekiz günlük süre içerisinde, faturaya itiraz edildiği takdirde, fatura içeriğinin sözleşmeye uygun olduğunu ispat yükü faturayı veren taraftayken, sekiz günlük sürenin geçmesi ve faturaya itiraz edilmemesi durumunda, faturanın içeriğinin

⁹⁰³ Arkan, **a.g.e.**, s. 151; Ünal, **a.g.e.**, s. 171-172; Karahan, **a.g.m.**, s. 690; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 145; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 225; Balkız, **a.g.m.**, s. 14; Özdamar, **a.g.m.**, s. 221, 225; Tekil, **a.g.e.**, s. 129; Şener, **a.g.m.**, s. 1042. Domaniç faturaya 8 gün içinde itiraz etmemenin tek müeyyidesi olarak ispat yükünün yer değiştirmesini kabul etmektedir. Bkz. Domaniç, **a.g.m.**, s. 666.

⁹⁰⁴ Bkz. I. Bölüm: Objektif ve Subjektif İspat Yükü.

⁹⁰⁵ Bkz. II. Bölüm: Karine Sonucunu İspat Yükünden Muafiyet ve Bu Muafiyetin Sonucu.

sözleşmeye uygun olmadığına dair ispat yükü faturayı alan tarafa düşer⁹⁰⁶. Çünkü, sekiz günlük sürede itiraz etmediğinde, faturayı alan taraf faturanın içeriğini kabul etmiş sayılır ki, faturanın içeriğini kabul etmek, faturanın sözleşmeye o haliyle uygun olduğunun kabulü anlamına gelmektedir.

3. Karinenin Etkili Olduğu Kapsam

a. Faturanın Olağan İçeriği Açısından

TTK m. 21/2 ile faturaya sekiz gün içerisinde itiraz edilmediğinde, kabul edilmiş sayılan hususlar, sözleşmenin ifa safhasıyla ilgili olan faturanın olağan içeriğinde yer alan kayıtlardır⁹⁰⁷. Faturaya süresinde itiraz edilmediğinde, bu kayıtların doğru olduğuna dair karine söz konusu olur⁹⁰⁸. Faturaya ilişkin karinenin asıl etkili olduğu, hüküm ve sonuç doğurduğu kısım ise, borç, mal ve hizmet miktarı, türü, bedel ve tutarıdır⁹⁰⁹. Bu hususlarda faturanın sözleşmeye uygun olarak düzenlendiğinin kabulü söz konusu olmaktadır. Yani, içeriğine itiraz edilmediğinde, fatura borcun miktarı yönünden, faturayı alan için bağlayıcı nitelik kazanmaktadır⁹¹⁰.

⁹⁰⁶ Karahan, **a.g.m.**, s. 690.

⁹⁰⁷ Poroy, **a.g.e.**, s. 143; Arslanlı, **a.g.e.**, s. 41; Doğanay, **a.g.e.**, s. 39; Ünal, **a.g.e.**, s. 157; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 224; Arkan, **a.g.e.**, s. 150-151; İmregün, **a.g.e.**, s. 54; Domaniç, **a.g.m.**, s. 192.

⁹⁰⁸ “Faturanın içeriğine 8 gün içerisinde itirazda bulunulmadığı takdirde sadece faturada belirtilen verilerin **doğru olduğu karinesi** doğar.” 11. HD, 5.5.2005, E. 2004/7832, K. 2005/4738

⁹⁰⁹ Bkz. Dördüncü Bölüm: Fatura Şekil Şartlarına Uygun Olmalı (İçeriği). Ünal, faturanın temelde yer alan sözleşmenin icra edildiğini-malın satıldığını, imal edildiğini, işin yapıldığını veya menfaatin sağlandığını, bedelin ödenip ödenmediğini- ve sözleşmenin ne zaman yapıldığını da gösterdiği kanaatindedir. Bkz. Ünal, **a.g.e.**, s. 175. Fatura borçluya sadece borcun mevcudiyeti ve miktarını bildirmektedir. Bkz. von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s. 136. Aynı yönde bkz. Rother, **a.g.m.**, s. 97,116. Fatura gönderilmesiyle borçlu borcun toplamını öğrenmektedir. Bkz. Schenker, **a.g.e.**, s. 60. “Fatura sözleşmenin ifa safhasıyla ilgili olduğu için TTK.nun 23/2. maddesine göre süresinde itiraz olunmaması suretiyle kabul edildiği varsayılan fatura içeriği ancak sözleşmenin ifa safhasıyla ilgili olarak faturada yer alması olağan sayılan **satılan malın cinsi veya yapılan işin adedi, türü, bedeli** gibi hususlara ilişkin olabilir.” İBK, 27.6.2003, E. 2001/1, K. 2003/1. “Tebliğ edilen faturaya sekiz gün içinde itiraz edilmemiş olması hali, faturada yazılı malın davalı alıcıya teslim edildiğini göstermez; bu sadece malın **fiyat ve adedi** yönünden içeriğini kabul anlamına gelir.” 3. HD., 13.6.2012, E. 2012/11680, K. 2012/15068 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹¹⁰ 11. HD., 01.06.2009, E. 2240/K.6610; 11. HD., 16.03.2006, E. 2039/K. 2756 (Eriş, **a.g.e.**, s. 1154, 1157).

Peki faturaya itiraz edilmediğinde malın teslim edildiği, sözleşmenin ifa edildiği bu karinenin etki alanına girer mi? Şimdi bu soruları cevaplandırmaya çalışalım.

b. Malın Teslimi Ve İşin Yapılması Açısından

Faturaya itiraz edilmediğinde, faturanın olağan içeriğinin kabul edilmiş sayılması karinesinin, malın teslim edildiğini veya işin ifa edildiğini de kapsayıp kapsamadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, faturanın içeriğine itiraz edilmemesinden dolayı kabul edilmiş sayılma sonucu, yalnız malın niteliğini değil aynı zamanda malın kendisinin kabulünü -yani malın teslim edildiğini ve işi yapıldığını- da kapsamaktadır⁹¹¹. Bu görüşe yakın kanaatte olan Ünal, faturada bedelin ödendiğine dair kayıt varsa veya fatura kapalı fatura ise, TBK m. 207/2 gereğince satıcı ile alıcı borçlarını aynı zamanda ifa etmekle mükellef olduklarından, faturanın, sözleşmenin icra edildiğine ve malın teslim edildiğine karine teşkil edeceğini kabul etmektedir⁹¹².

Diğer bir görüşe göre ise, faturaya itiraz edilmemiş olması, faturada yer alan malın alıcıya teslim edildiğini, faturanın verilmesine neden olan işin yapılmış olduğunu göstermemektedir⁹¹³. Bu görüşe göre, sözleşmenin icra edilip edilmediği konusunda uyuşmazlık çıktığı takdirde işin yapıldığı ve malın teslim edildiği vakılarından kendi lehine hukuki sonuç çıkaran tarafın, bu vakıaları ispat etmesi gerekecektir⁹¹⁴.

Yargıtay da faturaya itiraz edilmemiş olmasının işin yapıldığına veya malın teslim edildiğine karine teşkil etmeyeceği, bu hususların ayrıca ispat edilmesi

⁹¹¹ Sengir, Taray, **a.g.m.**, s. 10; Özdamar, **a.g.m.**, s. 226.

⁹¹² Arkan, **a.g.e.**, s. 151; İrsaliye faturanın yanında teslim konusunun belgelendirmeye yarayan bir delil olarak kabul edilebilir. Bkz. Ünal, **a.g.e.**, s. 164. Geçerli bir borçlandırıcı işlem yoksa veya uygulamada sık görüldüğü gibi faturada belirtilen mallar yerine başka malın teslim edilmesi söz konusu olursa fatura mülkiyete delil teşkil etmeyecektir. Bkz. Ünal, **a.g.e.**, s. 180.

⁹¹³ Arkan, **a.g.e.**, s. 151; Alver, **a.g.e.**, s. 50; Bilgili, Demirkapı, **a.g.e.**, s. 95; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 144; Karahan, **a.g.m.**, s. 689; Doğanay, **a.g.e.**, s. 218; Eriş, **a.g.e.**, s. 1148; Şener, **a.g.m.**, s. 1043.

⁹¹⁴ Karahan, **a.g.m.**, s. 689; Alver, **a.g.e.**, s. 50; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 144.

gerektiği kanaatindedir⁹¹⁵. Ancak, Yargıtay'ın bu kabulü, ticari defterler incelenmeden, karinenin etkisine ilişkindir. Faturayı alan tarafın ticari defterlerinde faturanın kayıtlı olmaması halinde de teslimin, faturayı gönderen tarafından ispat

⁹¹⁵ “Faturanın içeriğine 8 gün içerisinde itirazda bulunulmadığı takdirde sadece faturada belirtilen verilerin doğru olduğu karinesi doğar; yoksa **faturanın verilmesine neden olan iş veya hizmetin de yapılmış olduğunun kabulü anlamını taşımaz.**” 11. HD, 5.5.2005, E. 2004/7832, K. 2005/4738 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). “Kabule göre ise; davalı alım satım ilişkisini kabul etmemektedir. Bu nedenle davacının fatura deliline dayanabilmesi için, **faturada yazılı malı davalıya teslim ettiğini, bu teslimin borç doğurucu** sözleşmesel hukuki bir ilişki sonucu olduğunu, faturanın da bu ilişki sonucu düzenlenmiş olduğunu genel ispat kurallarına göre (yemin teklifi dahil) kanıtlaması gerekir. Çünkü tebliğ edilen faturaya sekiz gün içinde itiraz edilmemiş olması hali, faturada **yazılı malın alıcıya teslim edildiğini göstermez**, bu sadece malın fiyat ve adedi yönünden içeriğini kabul anlamına gelir.” 3. HD, 6.10.2005, E. 2003/8385 K. 2005/9627. “Dava konusu akaryakıt faturalarından birinde malın yerinde teslim edildiğine ilişkin şerh ve altında davalı tarafça inkar edilmeyen davalı imzası bulunmaktadır. O halde bu faturadaki malların davalıya teslim edildiğinin kabulü gerekir. Davalı imzasının bulunduğu diğer faturadaki malların teslim yönünden ise davacı iddiasını kanıtlama olanağı tanınmalı ve sonucuna göre bir karar verilmelidir.” 19. HD, 18.2.2005, E. 2004/8288, K. 2005/1530. Aynı yönde bkz. 11.HD., 3.4.1978, 978/1788-978/1687; 11. HD., 7.11.1979, 979/5074-5080; 11. HD., 20.10.1986, 986/5016-5415 (Uçar, **a.g.e.**, s. 49). “Davacı eksik mal teslim edildiğini ileri sürerek borçlu olmadığını tesbitini istemiştir. Olayda davalı tarafından, davacıya mal satılmış ve teslim edilmiştir. Kesilen faturaya göre, davacıya teslim edilen mal miktarı (5600) adet tavuktan ibarettir. Davacı tarafından ibraz edilen nakliye faturasında ise (5100) adet tavuğun davacıya teslim edildiği görülmektedir. O halde faturada söz konusu edilen tavukların tamamının davacıya teslim edildiği iddiasının satıcı davalı tarafta yükümlenmesi gerekirken, bu yöndeki ispat külfetini tersine çevriler ve davacı alıcı tarafından malın eksik teslim edildiği iddiasının ispatlanamadığı gerekçesiyle bu kaleme ilişkin talebin reddi doğru olmadığı gibi, bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının reddi de isabetle görülmediğinden karar düzeltme isteminin kabulü ile yerel mahkeme bozulması gerekmiştir”(11. HD. 5.12.1986, 986/6553-6566). “Davacı, faturada belirtilen malları davalıya sattığını ve bu malların teslimini yaptığını usulüne uygun olarak ispat etmelidir. Fatura incelendiğinde, malların davalıya teslimine ilişkin davalının imzasına rastlanılmamıştır. Fatura miktarı itibarıyla de bu hususun tanıkla ispatı mümkün değildir. Satılan malla ilgili fatura düzenlenmiş olduğu halde malın teslimiyle ilgili belge düzenlenmemesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu durumda mahalli örf ve adetten ve teamülden söz edilemez. Davacı, iddiasını yazılı belge ile ispat edemediğinden; ancak, yemin deliline dayanabilir.” 3. HD., 5.6.2012, E. 2012/11044, K. 2012/14352 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). “Tek başına fatura, alacağın varlığını kanıtlamaya yeterli delil değildir. Davacı, faturada belirtilen malları davalıya sattığını ve bu malların teslimini yaptığını usulüne uygun olarak ispat etmelidir. Fatura incelendiğinde, malların davalıya teslimine ilişkin davalının imzasına rastlanılmamıştır. Fatura miktarı itibarıyla de bu hususun tanıkla ispatı mümkün değildir. **Satılan malla ilgili fatura düzenlenmiş olduğu halde malın teslimiyle ilgili belge düzenlenmemesi hayatın olağan akışına aykırıdır.**” 3. HD., 5.6.2012, E. 2012/11044, K. 2012/14352 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde bk.11.HD., 21.11.2004, E. 1997/K.11288, Uçar, **a.g.e.**, s. 51) Aynı yönde bkz. 13. HD., 11.12.2003, E. 2003/9794, K. 2003/14636 (Yargı Dünyası, 2004/2, s. 170-171); 19. HD., 18.10.2004, E. 2004/1864, K. 2004/10287 (Yargı Dünyası, 2005, 112/190). “Fatura tek başına akdi ilişkinin kanıtı olamaz. Bu durumda davacının dava konusu malların davalıya satıp teslim ettiğini yazılı delille kanıtlama yükümlülüğü bulunmaktadır.” 19. HD., 12.12.2005, E. 2005/3425, K. 2005/12441 (Yargı Dünyası, Sa. 125, 2006, s. 94). “Satıcı tarafından düzenlenip akite edilerek alıcıya verilen bir fatura emtia bedelinin ödendiğini ifade etmekle beraber, BK'nın 182/II. maddesinin (hilafına adet veya mukavele mevcut değil ise satıcı ile alıcı borçları aynı zamanda ifa etmekle mükelleftirler) diyen hükmü karşısında, emtianın da teslim edildiğine karine teşkil eder.” TD, 08.04.1968, 66-3194/1982 (Kendigelen, Moroğlu, **a.g.e.**, s. 54).

edilmesi gerektiğini Yargıtay içtihat etmiştir⁹¹⁶. Her iki tarafın usulüne uygun tuttuğu ve birbirini doğrulayan defterlerinde, malın teslim edildiği ve teslim alındığı yazılmışsa, artık malın teslim edildiği ispatlanmış olmalıdır⁹¹⁷. Faturaya itiraz edilmeyip, bu faturaların ticari defterlere kaydedilmesi durumunda, faturada yer alan hizmetin ifa edilmediğinin savunulamayacağına, malın teslim edilmediğinin ileri sürülemeyeceğine de karar verilmiştir⁹¹⁸. Yargıtay faturanın ticari defterlere kaydedilmiş olduğu bu durumlarda, faturaya itiraz edilmemesinin işin ifa edildiğine ve malın teslimine karine teşkil edeceği yönünde karar vermektedir⁹¹⁹.

⁹¹⁶ “Davanın temelini oluşturan icra takibine konu edilen 7 adet faturadan ikisi davalı defterinde kayıtlı olunmasına rağmen 5 adet faturanın davalı defterinde kayıtlı olmadığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Davalı, davacıdan mal almadığını savunduğuna göre davalı defterinde kayıtlı olmayan ve dava konusu edilen 5 adet fatura kapsamındaki malların davalıya teslim edildiğinin davacı tarafça yazılı delille kanıtlanması gerekmektedir.” 19. HD., 27.2.2013, E. 2013/34, K. 2013/3634 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). “Davacının ticari defter ve kayıtlarında bulunan 07.03.2008 tarihli 592201 nolu 2.412,71 TL. bedelli fatura davalının ticari defter ve kayıtlarında kayıtlı değildir. Bu durumda davacının davalının ticari defterlerinde kayıtlı olmayan bu faturaya konu malı davalıya teslim ettiğini usulüne uygun delillerle ispat etmesi gerekmektedir.” 19. HD., 27.6.2012, E. 2012/1593, K. 2012/10656 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹¹⁷ Davalının ticari defterlerinde faturaların kayıtlı olmasından dolayı malın teslim edilmediğine yönelik olan itirazların dinlenmeyeceğine dair bkz. 19. HD., 01.03.2005, E. 2004/7898 K.2005/2012 (Yargı Dünyası, 2005/118, s.172).

⁹¹⁸ “Uyuşmazlık, 21.10.2008 tarihli 216078 numaralı ve 7.037.52 TL bedelli faturadan kaynaklanmaktadır. Fatura her iki taraf defterlerinde yer almasına rağmen davalı tarafça bedeli ödenmemiştir. Davalı iş bu faturada yazılı hizmetin alınmadığı için bedelin ödenmediğini savunarak dava dışı açış firması tarafından davalı adına düzenlenen 20.11.2008 tarih ve 133 Sayılı iade faturasına dayanmaktadır. Davalı 21.10.2008 tarihli faturada yazılı hizmeti almadığını savunmakta ise de; anılan faturadaki işlemlerle ilgili B.K.nun 359. madde hükmü uyarınca herhangi bir ayıp ihbarında bulunulmadığı gibi faturayı aldıktan sonra; T.T.K.nun 23/2’de öngörülen biçimde itiraz edilmemiş aksine anılan faturayı defterlerine işlemiş ve davacı adına iade faturası da düzenlenmemiştir. Bu durumda; uyuşmazlık konusu faturada yazılı hizmetlerin verildiğinin kabulüyle davacının takip tarihi itibarıyla alacaklı olduğu gözetilerek davanın kabulü gerekirken...” 14. HD., 17.10.2011, E. 2011/8855, K. 2011/12162. “Böylece faturaya süresinde itiraz etmeyen ve kendi ticari defterine kaydeden davalının faturaya konu malı aldığının kabulü gerekir. Bu sebeple davalı tarafın söz konusu malı teslim almadığını veya bedelini ödemediğini usulüne uygun delillerle kanıtlanması gerekirken mahkemece ispat yükünde yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” 19.HD, 27.10.2011, E. 2011/3549, K. 2011/13335 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). “Usulüne uygun tutulsun veya tutulmasın ticari defterler sahibi aleyhine delil teşkil eder. Yaptırılan bilirkişi incelemesinde davalı şirketin, davacı yanca düzenlenip gönderilen faturaları defterine kaydettiği rapor edilmiştir. Davalının faturaları defterine kaydetmiş olması içeriğine itiraz etmediği ve fatura konusu malı da teslim aldığı anlamına gelir.” 19. HD., 2.5.2012, E. 2012/2351, K. 2012/7388 (Yargı Dünyası, 2013/208, s. 148 vd.; Moroğlu, Kendigelen, a.g.e., s. 59); aynı yönde bkz. 19. HD., 27.6.2012, E. 2012/3164, K. 2012/10644 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹¹⁹ “Oysa, faturanın içeriğine 8 gün içerisinde itirazda bulunulmadığı takdirde sadece faturada belirtilen verilerin doğru olduğu karinesi doğar; yoksa faturanın verilmesine neden olan iş veya hizmetin de yapılmış olduğunun kabulü anlamını taşımaz. Uyuşmazlık halinde, işin yapılmış olduğunun kanıtlanması gerekir. Ayrıca, davalıya tebliğ edilmiş olan fatura içeriğinin kesinleşmesi söz konusu olamaz. Faturanın deftere kaydı taşımanın gerçekleştiğine yalnızca karine teşkil eder. Bu karinenin aksinin ispatı her zaman olanaklıdır.” 11.HD., 5.5.2005, 2004-7832/4738 (YKD 2005/8, s. 1236). “Dava ve takibe konu faturaların davalının ticari defterlerinde kayıtlı olduğu, bu durumda

Kanaatimizce, faturaya sekiz gün içerisinde itiraz edilmemesi, malın teslim edildiğine veya işin yapılmış olduğuna TTK m. 21/2 anlamında kanuni karine teşkil etmemektedir. İşin yapıldığını ve malın teslim edildiğini faturayı alan taraf ticari defterlerine kaydetmişse, ticari defterler usulüne uygun tutulsun ya da tutulmasın, söz konusu vakıalar ispat edebilecektir. Bu vakıalar ticari defterlere kaydedilmemiş, ancak faturayı alan tacir, faturaya itiraz etmeyip faturayı ticari defterlerine kaydetmişse, bu vakıaların mevcut olduğuna dair fiili karineden bahsedilebilecektir. Ayrıca, fatura ticari defterlere kaydedilmemiş, bedelin ödendiği faturada yer almış veya fatura kapalı olarak düzenlenmişse, TBK m. 207/2 anlamında bir kanuni karinenin söz konusu olmadığını, bu durumda ancak bir fiili karinenin söz konusu olabileceğini düşünüyoruz⁹²⁰.

D. KARİNENİN ETKİLEMEDİĞİ FATURANIN DELİL NİTELİĞİ

Faturayı gönderen taraf aleyhine, TTK m. 21/2'nin uygulandığı bir durum olsun veya olmasın, fatura senet niteliğinde bir delil olarak kullanılabilir. Peki, bu hükmün uygulanmadığı faturanın delil niteliği ne olacaktır⁹²¹? Ünal'a göre⁹²²,

malın davalıya teslim edildiği konusunda karinenin oluştuğu, davalının tek yanlı olarak ticari kayıtlarına ilişkin düzeltme beyannamesi düzenlemesinin teslim almaya ilişkin karinenin aksini kanıtlamaya yeterli olmadığı, dolayısıyla davalının usulüne uygun delil ile karinenin aksini kanıtlayamadığı..." 19. HD., 27.2.2013, 27.2.2013, E. 2012/17523, K. 2013/3685 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). "*Faturaların tarafların ticari defterlerinde kayıtlı olması (özellikle satın alanın ticari defterlerine kaydedilmiş olması) faturalar kapsamındaki malların teslim edildiğine karine teşkil eder. Bunun aksini malın teslim edilmediğini iddia eden davacının yazılı delillerle kanıtlaması gerekir.*" 19. HD., 15.7.2013, E. 2013/7951, K. 2013/12822 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). "*Davacı tarafından düzenlenen 10.05.2010 tarihli 83.485,00 TL bedelli faturanın ve davalı ödemelerinin tarafların ticari defterlerinde kayıtlı olduğu konusunda ihtilaf bulunmamaktadır. Nitekim mahkemenin de kabulü bu şekildedir. Bu durumda satışa konu faturanın her iki taraf defterlerinde kayıtlı olduğu ve özellikle davalının defterlerinde kayıtlı olması nedeniyle satışa konu malın teslim edildiği karinesinin oluştuğu ve bu karinenin aksinin davalı yanca ispat edilmesi gerektiği...*" 19. HD, 27.02.2013, E. 2012/17689, K. 2013/3693 (Karar yayımlanmamıştır). Aynı yönde bkz. 19. HD., 25.2.2010, E. 2009/3810, K. 2010/1944 (İBD, C. 87, Sa. 3, 2013, s. 462-463).

⁹²⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm: Fiili Karinelere Uygulamadan Örnekler. Faturaya itiraz edilmemesi mülkiyete yönelik kanuni karine oluşturmaz. Bu durumda da olsa olsa fiili karinelerin mevcudiyetinden bahsedilebilir. Bu duruma ilişkin olarak bkz. Üçüncü Bölüm: İcra Hukukunda Faturaya İlişkin Bazı Meseleler.

⁹²¹ Esnafın gönderdiği fatura gibi.

m.21/2'nin uygulanmadığı faturalar faturayı düzenleyen aleyhine yazılı delil teşkil ederken, adına fatura düzenlenen taraf aleyhine kendisinden sadır olan bir delil olmadığından yazılı delil teşkil etmeyecektir. Onun için olsa olsa delil başlangıcı olarak nitelendirilebilecektir. Çünkü m. 21/2 yalnızca tacirler için düzenlenmiş bir karinedir ve tacir olmayanlar aleyhine faturayı yazılı delil gücüne taşımaması gerekmektedir.

Yargıtay'ın, isabetli olarak, faturanın gönderildiği kişiden sadır olmadığından, onun aleyhine delil başlangıcı olarak kabul edilemeyeceği yönünde kararları bulunmaktadır⁹²³. Yargıtay, belgenin bir tarafça düzenlenmesinin, yazılmasının, o taraftan sadır olma anlamına geleceğini kabul ederek, faturayı kendisine gönderilen kişinin düzenlediği durumda onun aleyhine delil başlangıcı teşkil edeceği yönünde karar vermektedir⁹²⁴.

TTK m. 21/2'deki karinenin faturanın delil niteliğine etkisi açısından yaptığımız incelemede, bir belgenin taraf aleyhine delil -kesin delil- olarak kullanılabilmesi için o kişiden sadır olmasının gerektiğini belirttik. Faturayı alan bakımından fatura kesin delil teşkil etmediği gibi, ondan sadır olabilecek bir husus yoksa delil başlangıcı olarak da kabul edilemez. Keza HMK m. 202/2'nin delil başlangıcına ilişkin ifadesi şöyledir: *“Delil başlangıcı, iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel*

⁹²² Ünal, **a.g.m.**, s. 11; Ünal, **a.g.e.**, s. 167.

⁹²³ “Mahkemece, biletin yazılı delil başlangıcı olduğu kabul edilmiş ve buna bağlı olarak dinlenen davacı tanıklarının beyanlarına itibar edilerek, alacağın kanıtlandığı sonucuna varılmıştır. Oysa, biletin, aleyhine ibraz edilmiş olan davalı tarafından verilmiş bir belge olmadığı gibi davalının ticari defterlerinde de kayıtlı bulunmadığı, ayrıca faturanın süresinde davacıya iade edildiği dosya kapsamı ile sabit olup, biletin bu durumda **yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilemeyeceği**, HUMK.nun 292/2' nci madde hükmü karşısında, kuşkusuzdur. Bu durumda hukuki işlem niteliğindeki faturaya davalı alacağının, aynı Kanun'un 288'nci madde hükmü uyarınca yazılı delillerle kanıtlaması gerekmektedir. Kaldı ki, davalı taraf, tanık dinlenmesine muvafakat etmediğini de mahkemeye bildirmiştir.” 11. HD., 24.1.2005, E. 2004/3949, K. 2005/128 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹²⁴ “Davacı davalıya mal satıp teslim ettiğini iddia ettiğine göre iddiasını yazılı delille kanıtlamakla yükümlüdür. Somut olayda davacı mal teslimine ilişkin olarak davacının imzasını taşıyan irsaliye, teslim belgesi vesair gibi yazılı belge sunmamış ise de dosyaya sunulan fatura örneğinde yer alan **yazıların davalının elinden çıktığı tarafların kabulüdedir. Bu durumda mahkemece, bu faturanın yazılı delil başlangıcı sayılması mümkün olduğundan davacı alacağını tanık dahil her türlü delille ispatlayabileceğinden...**” 19. HD., 7.3.2012, E.2011/11092 K. 2012/3641 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir.” HMK m. 202, bu delilin aleyhine kullanılacak kişi veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belge olması gerektiğini ifade etmektedir⁹²⁵. Hâlbuki faturayı alan taraf, faturayı düzenleyene faturayı vermediği gibi göndermemiştir de, yani fatura aleyhine kullanılacak kişiden sadır olmamıştır. Bu durumda, faturayı alan taraf için fatura delil başlangıcı niteliğinde olamaz. Ünal’ın TTK m. 21/2’nin uygulanmadığı durumda faturayı alan taraf için, faturanın bir delil başlangıcı olacağı kanaatine katılmamaktayız. Kanaatimizce, bu durumda fatura ancak HMK m. 199’da düzenlenmiş olan belge niteliğinde ele alınabilir.

E. TTK M. 21/2’DEKİ KARİNENİN HÜKÜMSÜZ HALE GELMESİ

Aksi ispat edilebilen karinelerin hükümsüz hale gelmesi, karşı ispat ve aksini ispat faaliyetleriyle mümkün olabilmektedir⁹²⁶. TTK m. 21/2’nin uygulanmasına, faturayı alan taraf karine temeli olan sekiz gün içerisinde itiraz etmediği konusundaki kanaati sarsacak nitelikte yapacağı karşı ispat faaliyetiyle veya kabul edilmiş sayılma sonucunu ortadan kaldırmaya yönelik aksini ispat faaliyeti ile engel olabilir.

1. Karşı İspat Faaliyetiyle

Karşı ispat faaliyetindeki maksat, faturayı gönderen tarafın karine temeline yönelik yapmış olduğu ispat faaliyetinde, hakimin kanaatini sarsmaktır. Tebliğ aldıktan sonra faturaya sekiz gün içerisinde itiraz edilmediği vakıası, karineye dayanan tarafından ispat edilmektedir. Karinenin karşısındaki taraf, faturayı tebliğ almadığını, tebliğ aldıktan itibaren sekiz gün içerisinde itiraz ettiğini ispat ederek

⁹²⁵ Önceki kanunda yazılı delil başlangıcının karşı taraftan sadır olma şartı, HMK’ da delilin kendisine karşı ileri sürüleceği kişi veya temsilcisi tarafından gönderilme veya verilme unsuru ile sağlanmaktadır. Bkz. Göksu, **a.g.m.**, s. 58-59.

⁹²⁶ Diğer durumlar için bkz. İkinci Bölüm: Aksi İspat Edilebilen Karinelerin Hükümsüz Hale Gelmesi

karine temelinin mevcudiyetine dair hakimde oluşan, oluşmakta olan kanaati sarsabilir.

3. Aksini İspat Faaliyetiyle

Faturayı alan taraf sekiz gün içerisinde faturanın içeriğine itiraz etmişse fatura içeriğinin doğru olduğunu-önceden yapılmış olan sözleşmeye uygun olduğunu-faturayı düzenleyen tacir ispat etmelidir⁹²⁷. Ancak, böyle bir itiraz yapılmadığında TTK m. 21/2'ye göre faturanın içeriği kabul edilmiş sayıldığından, faturanın temel borç ilişkisine uygun olduğu sonucu doğmaktadır. Bu vakıa, müspet nitelikte bir vakıadır. Söz konusu vakıanın aksi olan –fatura içeriğinin sözleşmeye uygun olmadığı, içeriğinin kabul edilmediği- menfi vakıasının ispatının yapılması, m. 21/2'deki karinenin aksini ispat faaliyetidir.

Karinenin aksini ispat edebilmek için, faturayı alan taraf, faturanın içeriği ile sözleşme arasında bir farkın olup olmadığını, bu farkın sözleşme değişikliği teşkil edip etmediğini ispat edebilir⁹²⁸. Örnek olarak, faturada yazan miktardan daha az miktara anlaşma yapıldığı ispat edilerek karine çürütülebilir⁹²⁹. Yargıtay bir kararında faturanın sözleşmeye göre düzenlenmesi esas olduğundan faturanın sözleşme şartlarına uygun olduğu karinesinin (TTK m. 21/2 karinesi esasında) aksinin iddia eden tarafça ispat edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁹³⁰. Faturada, karineyi bertaraf edecek kayıtlar yer almaktaysa, bu hususlar bakımından karinenin uygulanma alanı olmadığından, faturada olağan içerikten olmayan kayıtların varlığının ispatıyla da, o kayıtlar için karinenin çürütülebilmesi mümkündür. Şartları oluşmadığı halde vade farkının varlığı gibi. Faturanın dayandığı sözleşmenin geçersiz olduğu ispat edilerek de karinenin uygulanmasına engel olunabilir. Faturada yazan maldan başka bir mal gönderildiği, faturada gösterildiği adette gönderilmediği ispat edilerek de, faturaya ve karineye dayanılmasına engel olunabilir⁹³¹.

⁹²⁷ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 225.

⁹²⁸ Ünal, **a.g.e.**, s. 170.

⁹²⁹ Baştuğ, Erdem, **a.g.e.**, s. 92.

⁹³⁰ 15. HD., 28.06.2000, E. 2728/K.3338 (Eriş, **a.g.e.**, s. 1173).

⁹³¹ Baştuğ, Erdem, **a.g.e.**, s. 92.

Faturanın temelinde yer alan temel borç ilişkisinin varlığının kimin tarafından ispat edileceği tartışılmaktadır. Bu noktada, taraflar arasındaki sözleşme sözlü olarak yapılmışsa ve faturaya sekiz gün içerisinde itiraz edilmemişse, faturanın temel borç ilişkisinin varlığına karine teşkil edip etmeyeceğine dair farklı görüşler vardır. Ünal ve Alver, faturaya itiraz edilmemesinin sözlü yapılmış olan temel sözleşmenin varlığına karine teşkil edeceği kanaatindeyken⁹³², bizim de katıldığımız doktrindeki diğer görüş temel borç ilişkisinin faturayı veren tarafından ispat edilmesi gerektiği yönündedir⁹³³. Kanaatimizce, temel borç ilişkisini oluşturan sözleşmenin yazılı veya sözlü yapılmış olması fark etmeden, sözleşmenin varlığına dair uyumsuzluk varsa, faturayı gönderen tarafın karineye dayanabilmek için sözleşmenin varlığını ispat etmesi gerekmektedir. Çünkü, onun karineye dayanabilmesi için faturanın geçerli bir sözleşmeden dolayı göndermiş olması gerekmektedir. Zira, faturaya itiraz edilmemesi, yazılı ya da sözlü olsun, bir sözleşmenin varlığına karine teşkil etmez. Yargıtay da faturayı alan taraf sözleşmenin varlığını inkar ettiğinde, sözleşmenin varlığını faturayı gönderen tarafın ispat etmesi gerektiği kanaatinde⁹³⁴. Yargıtay'ın bu kabulünün sebebi de, faturanın delil olarak kullanılabilmesi için temelinde bir sözleşmenin yer almasının gerekmesidir.

Temel borç ilişkisinin ispat şeklinin ne olduğu doktrinde tartışılmaktadır. Bir görüş, faturanın dayanağı olan temel borç ilişkisi yazılı yapılmışsa, yazılı olan sözleşmenin faturanın aksini ispatta yeterli olacağını, anlaşma sözlü olarak yapılmışsa sözlü akitlerin ispatında kullanılan şahit, bilirkişi, vs. delillerle ve yeminle fatura içeriğinin aksinin ispat edilebileceğini kabul etmektedir⁹³⁵. Biz bu görüşe

⁹³² Ünal, **a.g.e.**, s. 142; Alver, **a.g.e.**, s. 50-51.

⁹³³ Arkan, **a.g.e.**, s. 150.

⁹³⁴ “TTK.’nın 23. maddesi hükmüne göre faturanın bir alacağın mevcudiyetine delil teşkil etmesi karşı tarafta tebliğinden itibaren sekiz gün içinde hiçbir itiraza uğramamış olmasına bağlıdır. Bunun için de öncelikle taraflar arasında bir sözleşmesel ilişkinin varlığının kanıtlanmış olması gerekir. Zira davalının sözleşmesel **ilişkiyi inkar etmiş olması halinde öncelikle davacıya, davalı ile aralarında (alım-satım) ilişkisi olduğunu kanıtlaması için uygun bir mehil verilmesi gerekir.** Çünkü tebliğ edilen faturaya sekiz gün içinde itiraz edilmemiş olması hali, faturada yazılı malın davalı alıcıya teslim edildiğini göstermez; bu sadece malın fiyat ve adedi yönünden içeriğini kabul anlamına gelir. Davacı satıcının faturada yazılı malı alıcıya (davalıya) teslim ettiğini ve bu teslimin de borç doğurucu bir hukuksal ilişki sonucu olduğunu ayrıca isbat etmesi gerekir.” 3. HD, 29.5.2000, E. 2000/4885, K. 2000/5011 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹³⁵ Ünal, **a.g.e.**, s. 169. Ayhan, Özdamar, Çağlar, **a.g.e.**, s. 100. Alver, taraflar arasında yazılı sözleşme şartlarına aykırı düzenlenen faturaya sekiz gün içinde itiraz edilmediğinde şartlara uygun olmayan

katılmamaktayız. Çünkü, bir sözleşme yazılı ya da sözlü yapılmış olması nazara alınmadan-yazılılık bir geçerlilik şartı olsa dahi- HMK m. 200'e göre senetle ispat sınırı olan 2,500 TL değeri aşıyorsa, bu sözleşmenin senetle ispat edilmesi zorunludur⁹³⁶. Kesin delille ispat zorunluluğunun istisnası olan durumlar söz konusuysa tanıkla ispat mümkündür. Ancak böyle bir istisna olmadan, sözleşmenin yapılış şekline göre ispat şeklini belirlemek, ispat hukukunun ilkelerine uygun değildir.

TTK m. 21/2'nin etkisiyle faturanın, senet niteliği kazandığı kabul edildiğinden, faturanın aksinin ispatının ancak kesin delille- yazılı delil, ticari defter ve yeminle- mümkün olabileceği ifade edilmektedir⁹³⁷. Bizim kanaatimize göre fatura, içeriğine itiraz edilmediğinde faturayı alan taraf için senet niteliğini kazanmaz. Bu halde, faturada yer alan borç miktarı- mal ve hizmet miktarı, türü, bedel ve tutarı- borçlu tarafından kabul edilmiştir. Yani bu hususların sözleşmeye uygun olduğu faturanın itiraza uğramaması neticesinde ispata ihtiyaç duymamaktadır. Kanaatimizce, bu karinenin aksinin her zaman yazılı delille ispat edilmesinin gerektiği kabul edilmemelidir. Faturanın sözleşmeye uygun olup olmadığı her türlü delille ispat edilebilmelidir⁹³⁸. Tarafların arasında yazılı bir sözleşme varsa bu durumun ispatı sözleşmenin mahkemeye sunulmasıyla sağlanabilir. Aradaki sözleşme yazılı değilse ve taraflar arasında bu sözleşmedeki kayıtlara yönelik ihtilaf varsa, faturanın sözleşmeye uygun olmadığının ispatının her türlü delille yapılabilmesinin mümkün olması gerekir. Burada, ispatın sözleşmedeki

fatura içeriği kabul edilmiş sayılmayacağı gibi, yazılı bir anlaşma yapılmamışsa içeriği sözlü anlaşma şartlarına uymayan faturaya itiraz edilmemişse fatura içeriği kabul edilmiş sayıldığında bir uyumsuzluk çıkarsa karşı tarafa sadece yemin teklif edilebileceği kanaatindedir. Bkz. Alver, **a.g.e.**, s. 51.

⁹³⁶ Yargıtay'ın da kanaati bu yöndedir. “*Davalı iş sahibi takibe konu 14.07.2008 günlü fatura muhteviyatı işlerin yapılp kendisine teslim edildiğini kabul etmediği gibi davacıya karşı borçlu olmadığını savunmuştur. Bu durumda, davacının fatura muhteviyatı işlerin yapıldığını ve faturada yazılı bedeli hak ettiğini ispat etmesi gerekir. Taraflar arasında yazılı sözleşme bulunmadığından 6100 sayılı HMK'nun 200.maddesi gereğince iş sahibinin açık izni olmadan tanık dinletme olanağı da yoktur. Diğer taraftan, defter ve kayıtlar üzerinde yapılan inceleme sonucu düzenlenen raporlara göre de kabul edilmeyen fatura ile de yazılı eserin meydana getirildiği ve davalıya teslim edildiği de kanıtlanamamıştır.*” 14. HD., 2.7.2012, E. 2012/6549, K. 2012/9090 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹³⁷ Ünal, **a.g.e.**, s. 170; İmregün, **a.g.e.**, s. 54, 55; Arkan, **a.g.e.**, s. 152; Ünal, **a.g.m.**, s. 8; Doğanay, **a.g.e.**, s. 219; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s. 225; Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 145; Özdamar, **a.g.m.**, s. 225; Uçar, **a.g.e.**, s. 48; Özdamar, E., **a.g.m.**, s. 47; Domaniç, **a.g.m.**, s. 663; Arıcı, **a.g.m.**, s. 200.

⁹³⁸ Karahan, **a.g.m.**, s. 690; İmregün, **a.g.e.**, s. 55; Domaniç, **a.g.e.**, s. 193.

kayda yönelik yapılması durumunda, HMK m. 200'deki sınıra göre de belirleme yapmak gerekebilir. Esasında, karinenin aksini ispatta kullanılacak en olağan ve önemli delil ticari defterlerdir. Ticari defterlerde yer alan, tarafların arasındaki sözleşmeye ve gönderilen, alınan faturaya dair kayıtlar, karinenin aksini ispatta kullanılabilir. Şayet faturayı alan tacir ticari defterlerine faturayı kaydetmişse ve ticari defterler kesin delil niteliğindeyse, artık faturadaki kayıtların kabul edilmiş sayılmadığı ancak kesin delille ispat edilebilecektir. Sonuç olarak, faturaya itiraz edilmediğinde faturayı alan bakımından faturanın kesin delil niteliğini taşımadığını kabul ettiğimizden, TTK m. 21/2'deki karinenin aksinin mutlaka kesin delille ispat edilmesi gerektiği kanaatini taşımamaktayız. Burada, somut duruma göre ispat şeklinin belirlenmesi ve her türlü delille ispata da imkan tanınması gerekmektedir kanaatindeyiz.

F. AÇIK VE KAPALI FATURAYA İLİŞKİN KARİNE

Açık ve kapalı fatura kabulünün temelinde örf ve adet kuralları bulunmaktadır⁹³⁹. Ankara Ticaret Odası, aldığı bir teamül kararıyla açık ve kapalı faturayı örf ve adet kuralı haline getirmiştir⁹⁴⁰. Faturanın altına Damga Vergisi

⁹³⁹ Ünal, **a.g.e.**, s. 26. Açık kapalı faturanın hukuki sonucunun tacir olmayanlar için geçerli olması, sadece onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gereken hallerde söz konusu olabilir (TTK m. 2/3). Karşı tarafın ticari örf ve adeti bildiğini veya bilmesi gerektiğini iddia eden tacirin, bu durumu ispat etmesi gerekmektedir. Örf ve adet kurallarına ilişkin bkz. I. Bölüm: Karinelerin Kaynakları. Kumkale, fatura düzenleyenlerin alışkanlık gereği bedeli almasalar bile, imzalarını faturanın altına atmakta olduklarını ve bilmeden kapalı fatura düzenlediklerini, bundan dolayı da kanun metninde kapalı faturaya ilişkin bir düzenleme yapılmasının gerekli olduğu kanaatindedir. Bkz. Rüknettin Kumkale, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'ndaki Fatura Maddesi ile İlgili Görüş", **Terazi Hukuk Dergisi**, S. 1, 2006, s. 21.

⁹⁴⁰ 21.12.1948 tarihli ve 6 Nolu Ankara Ticaret Odası'nın teamül kararına göre: "*Ticarethane tarafından satışı yapılan mallara ait fatura muhteviyatı alıcı tarafından ödendiğinde, bayi tarafından faturanın altına damga pulu yapıştırılarak tarih, ticarethane klişe veya mührü ile birlikte salahiyattar olan tarafından imza edilerek pul iptal olunur. Bu şekildeki faturaya bedeli alınmış (kapanmış, akide edilmiş) fatura denir. Bedeli alınmıştır kaydını ihtiva etmeyen faturada damga pulu üzerine ticarethane klişe veya mührü ve salahiyetli olanın imzası mevcut olduğu takdirde, bu kaydın mevcut olmaması bir hüküm ifade etmez. Yani fatura bedeli ödenmiş, kapanmış akide edilmiş sayılır.*" Ticaret odasının 25.03.1969 tarihli 536/640 sayılı kararı ile önceki karar kabul edilmiştir. Bkz. Ünal, **a.g.e.**, s. 27, dn. 50; Uçar, **a.g.e.**, s. 47. 5590 sayılı Ticaret ve Sanayi Odaları Kanunu'nun 5/1 h bendi odaların bölgeleri içindeki ticari teamülleri tespit edip, örf ve adet haline getirmek görevinin olduğunu düzenlemiştir. Ancak bu kanun yürürlükte değildir. 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu m. 12/f, m. 17/e gereğince çalışma alanları içindeki ticari ve sınai örf, adet ve teamülleri tespit etmek, Bakanlığın onayına sunmak ve ilan etmek görevi odalara verilmiştir.

Kanunun öngördüğü oranda damga pulu yapıştırılmaktaydı⁹⁴¹. Finansman Kanunu mülga olduğundan, damga pulunun yapıştırılmasına gerek olmadan, faturanın altına veya üstüne imza atılmış olması, bedelin ödenip ödenmediğine karine teşkil edebilecektir⁹⁴².

TTK m. 21’de bedel ödenmişse bedelin ödendiğinin faturada yazılabileceği düzenlenmiştir. Faturada bedelin ödendiği yazılı olmasa dahi, faturanın altına işletmenin kaşesi basılıp veya ticaret unvanı yazılıp imzalanarak kapatılması durumunda, bu fatura kapalı fatura (akide edilmiş fatura, quittierte Rechnung) olarak adlandırılmakta ve fatura bedelinin ödendiğine dair bir kabul söz konusu olmaktadır⁹⁴³. Çünkü, kapalı fatura, faturada yer alan bedelin peşin ödendiğine karine teşkil etmektedir⁹⁴⁴. Bu fatura üzerine ayrıca “bedeli alınmıştır” ibaresinin yazılmasına gerek bulunmamaktadır⁹⁴⁵.

Borçluya kapalı faturanın *bedeli ödenmiştir veya temerrüt faizleri hesaplanmıştır* ibareleriyle gönderilmesinin ihtar niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁹⁴⁶. Bu halde, bedel henüz ödenmemiş olmakla beraber alacaklı ödemenin yapılması için, fatura üzerine bu şerhi koyarak borçluya göndermekte ve

⁹⁴¹ Doğanay, **a.g.e.**, s. 214.

⁹⁴² Doğanay, **a.g.e.**, s. 215.

⁹⁴³ Poroy, Yasaman, **a.g.e.**, s. 145; Eriş, **a.g.e.**, s.1147; Ünal, **a.g.e.**, s. 28; Arıcı, **a.g.m.**, s. 201; Alver, **a.g.e.**, s. 49. 19.HD., 29.04.2005, E. 8329/K.4834 (Eriş, **a.g.e.**, s. 1158). Aynı yönde bkz. 15. HD., 18.09.2007, E. 2006/4196, K. 2007/5413 (Yargı Dünyası, 2008/145, s. 138-139). Hem altı hem üstü imzalanırsa, faturanın kapalı fatura olarak kabul edilmesi gerekir. Bkz. Ünal, **a.g.e.**, s. 32.

⁹⁴⁴ “Davacı şirketin 07.08.1999 tarihli faturayı dayanak yaparak davalı hakkında yaptığı icra takibine, davalı peşin ödeyerek satın aldığından bahisle itirazda bulunmuştur. İcra takibine dayanak faturanın incelenmesinde faturanın kapalı fatura niteliğinde bulunduğu anlaşılmaktadır. **Faturanın kapalı olarak düzenlenmesi, faturaya konu mal ve hizmetin bedelinin tahsil edildiğine karine teşkil eder.** Faturanın kapalı olarak düzenlenmesi ve davalının savunması birlikte değerlendirildiğinde fatura konusu bedelin ödenmediğini ispat etmek yükümlülüğünün davacıda bulunduğu kabulü zorunludur. İspat yükü davacıda olduğu için de, kendisine ispat yükü düşmeyen davalının teklif ettiği yeminde hukuki sonuç doğurmaz.” 13. HD., 31.1.2005, 2004/12416, 2005/1100; 11. HD., 17.3.2003, E. 2002/10276, K. 2003/2400 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). “Davacı kapalı faturalara dayalı olarak takip başlatmıştır. Davacının takibine dayanak yaptığı faturaların **kapalı fatura niteliğinde olmasına ve bunun fatura bedelinin ödendiğine karine teşkil etmesine**, davacının bu karinenin aksini geçerli delillerle kanıtlayamamış olmasına...”6. HD., 27.12.2012, E. 2012/10990, K. 2012/17628 (YKD, 2013/2, s. 299). 15. HD., 18.09.2007, E. 2006/4196, K. 2007/5413 (Yargı Dünyası, 2008, 147/138)

⁹⁴⁵ Eriş, **a.g.e.**, s. 1147. Aynı yönde bkz. 6. HD., 27.12.2012, E. 2012/ 10990, K. 2012/17628 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹⁴⁶ von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s. 137; Rother, **a.g.m.**, s. 106; Schenker, **a.g.e.**, s. 62; Barlas, **a.g.e.**, s. 44.

temerrüt için gerekli şartların gerçekleşmesi halinde borçluyu temerrüde düşürmektedir⁹⁴⁷.

Açık fatura ise bedelin ödenmediğine karine teşkil etmektedir⁹⁴⁸. Açık faturada, kapalı faturadan farklı olarak, faturanın üst bölümü imzalanmaktadır⁹⁴⁹. Eğer açık veya kapalı faturaya itiraz edilmişse, bu fatura makbuz veya borçluyu temerrüde düşüren bir belge vasfında değil, faturayı düzenleyen aleyhine kullanılan bir senet hükmünde olacaktır⁹⁵⁰.

Açık faturanın bedelin ödenmediğine, kapalı faturanın bedelin ödendiğine karine teşkil etmesi, karine türlerinden fiili karineye örnek olarak verilebilir⁹⁵¹. Zira, doktrinde örf ve adet kurallarının kanuni karinelerin kaynağı olabileceği yönündeki görüşlere katılmamaktayız ve örf ve adet kurallarının fiili karineleri meydana getirebileceği kanaatindeyiz⁹⁵². Fiili karineler delil değerine etkide bulunabilecek karinelerdir ve bedelin ödenip ödenmediğine ilişkin faturaya bir delil değeri kazandırmaktadır.

Kapalı faturada ödemeye ilişkin fiili karine, kapalı faturaya makbuz vasfını kazandırmaktadır⁹⁵³. Kapalı fatura ödemenin yapıldığına karine teşkil ettiğinden, bu

⁹⁴⁷ Barlas, **a.g.e.**, s. 45.

⁹⁴⁸ “..fatura da açık fatura niteliğinde olup, bedelin ödenmediğine karine teşkil ettiğinden, ödeme konusundaki ispat yükü yine davalı alıcıya aittir.” 13. HD., 19.01.2009, E. 2008/7691, K. 2009/128 (YKD, 2009, 165/80).

⁹⁴⁹ 11. HD., 18.10.1982, 982/3935-3981 (Uçar, **a.g.e.**, s. 51). Açık fatura, tacirin borcunu ifa ettiğini, ancak faturayı alanın borcunu ifa ettiği belirtilmemiş olmasından dolayı, açık faturayı alıp itiraz etmeyen için faturanın borçluyu temerrüde düşüren bir belge olduğuna dair bkz. Bilgili, Demirkapı, **a.g.e.**, s. 95

⁹⁵⁰ Bilgili, Demirkapı, **a.g.e.**, s. 95.

⁹⁵¹ Aynı yönde bkz. Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g.e.**, s. 660; Karslı, **Medeni Muhakeme**, s. 559.

⁹⁵² Bkz. I. Bölüm: Karinelerin Kaynakları.

⁹⁵³ Bilgili, Demirkapı, **a.g.e.**, s. 95; Arıcı, **a.g.m.**, s. 201. Makbuz ifanın yapıldığını, borcun ödendiğini gösteren bir delil olarak alacaklı tarafından borçluya verilir. TBK m. 103’e göre borcunu ödeyen borçlu makbuz verilmesini alacaklıdan isteyebilir. Makbuz alacaklı veya temsilcisi tarafından imzalanmalı, borcun ödendiğini ifade etmelidir. Bu bağlamda makbuz bir tür senettir ve borçlunun borcunu ödediğini ispatlar. Her zaman fatura ile makbuzun aynı işlevi gördüğünü söyleyemeyiz. Kapalı faturada bedelin ödendiği kabul edildiğinden bu fatura türü makbuz olarak kabul edilirken, açık fatura makbuz olarak kabul edilemez. Keza fatura, faturayı alan borçlandığı meblağı göstermek üzere verilen bir belgedir. Konumuz açısından makbuza ilişkin birkaç karineye değinebiliriz. Faiz ve kira bedeli gibi dönemsel edimlerden biri için makbuz verilmişse, önceki dönemlere ilişkin edimler de ifa edilmiş sayılır (TBK m. 104/1). Anapara için verilen makbuz

karineden yaralanacak olan faturayı alan taraftır. Bundan dolayı, kapalı faturaya ilişkin karineyi hükümden düşürmek isteyen faturayı gönderen taraf, kesin delil niteliğinde olan kapalı faturayı ancak kesin delille ortadan kaldırılabılır⁹⁵⁴. Bu bağlamda, hem kendi ticari defterlerine hem de karşı tarafın ticari defterlerine dayanarak borcun hiç ödenmediğini ya da kısmen ödendiğini ispat edebilir⁹⁵⁵.

G. İCRA HUKUKUNDA FATURAYA İLİŞKİN BAZI MESELELER

İcra hukuku açısından faturaya dair ele alınması gereken birkaç nokta bulunmaktadır. İncelediğimiz Yargıtay kararlarında faturaya dayalı olarak başlatılan takipleri görmekteyiz. Faturalara dayanarak yapılan genel haciz yoluyla takipte⁹⁵⁶, takibe itiraz edilmesi üzerine itirazın kaldırılması yoluna başvurulduğunda, İcra Mahkemesinde delil olarak faturalara dayanılamamaktadır. Çünkü TTK m. 21/2'deki karine uygulansa veya fatura içeriğinde yazılı malların teslim alındığına dair borçlu şirketin imzası faturada bulursa dahi, fatura İİK m. 68'deki belgelerden biri olarak nitelendirilememektedir⁹⁵⁷.

Faturaya dayalı olarak yapılan icra takibinde, fatura gönderildiğinde karşı taraf faturaya itiraz etmemişse, borç tutarı likit olduğundan alacaklı veya borçlunun

faizlerin de alacaklıya ödendiğine karine teşkil eder (TBK m. 104/2). Makbuza ilişkin açıklamalar için bkz. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 64; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 336, 340, 341. Bu karineye ve karinenin aksinin ispat edilebilmesine ilişkin bkz. 11. HD., 20.5.2003, E. 2002/12797, K. 2003/5126 (İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, 2005/537, s. 3622-3625).

⁹⁵⁴ Aynı yönde bkz. Arıcı, **a.g.m.**, s. 202. 19. HD., 26.4.2010, E. 2009/8088, K. 2010/5031 (İBD, C. 87, S. 3, 2013, s. 458-459).

⁹⁵⁵ Arıcı, **a.g.m.**, s. 203.

⁹⁵⁶ Sadece faturalara dayalı olarak haliyle, kambiyo senedine dayalı takip ya da ilamlı takip yapılamaz.

⁹⁵⁷ "İcra takip dayanağı fatura olup, **faturanın İİK m. 68'inci maddesinde sayılan belgelerden bulunmadığı Yargıtay içtihatlarında kabul edilmektedir. Faturanın borçlu şirket adına düzenlenmesi ve fatura içeriğinde yazılı malların teslim alındığına dair borçlu şirketin imzasının olduğunu kabul etmesi, bu belgeye İİK'nın 68'inci maddesinde yazılı belge niteliği kazandırmaz.** 12. HD., 23.11.2011, E.13432/K.27304 (Eriş, **a.g.e.**, s. 1149).

haksız olduğu kabul edilebilir ve icra inkar tazminatına karar verilebilir⁹⁵⁸. Yargıtay, bir kararında, borcun likit olarak kabul edilebilmesi için faturanın borçlu şirketin ticari defterlerine de kaydedilmiş olması şartını aramaktadır⁹⁵⁹.

İcra hukuku açısından faturaya ilişkin değerlendirilmesi gereken bir durum da, mülkiyet karinesinin düzenlendiği İİK m. 97/a'dır. Maddeye göre: “*Borçlu ile üçüncü şahısların taşınır malı birlikte ellerinde bulundurmaları halinde dahi mal borçlu elinde addolunur*”. Bu karinenin aksini ispatta -mülkiyetin borçluya ait olmadığına dair- faturanın kullanıldığını görmekteyiz. Yargıtay, haklı olarak, her kişi adına kolaylıkla faturaların düzenlenebildiği, satın alanın imzasının faturada bulunmadığı gerekçesiyle, fatura konusu taşınır malların faturanın adına düzenlenen kişiye ait olduğunu göstermeyeceği yönünde kararlar vermektedir⁹⁶⁰. Keza, Yargıtay faturanın mülkiyete karine teşkil etmekle beraber, bir delil olamayacağını

⁹⁵⁸ “İcra takibine konu asıl alacak miktarının belirli olması ve bu alacağa bağlı ferilerinin de taraflarca hesaplanabilir olması nedeniyle alacağın “**likit**” olduğunun kabulü gereklidir.” HGK, 23.1.2013, E. 2012/19-599, K. 2013/145 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). “...Faturaya davalı tarafından süresinde itiraz edildiği iddia ve ispat edilemediğine göre, anılan madde hükmü gereğince davalı fatura muhtevasını kabul etmiş sayılır. Mahkemece bu hususlar göz ardı edilerek faturaya dayalı olarak yapılan icra takibinde borç tutarının likit olduğu düşünülmeden, davacının icra inkar tazminatı talebinin reddi doğru görülmemiş...” (11. HD., 06.03.2003, E.9513/K. 2008; 11. HD., 28.01.2003, E.33/K.819, Eriş, a.g.e., s. 1163). Aynı yönde bkz. 19. HD., 24.06.2005, E. 2004/12180, K. 2005/7150 (Legal HD., 2005, S. 31, s. 2561).

⁹⁵⁹ “Davacı iki adet faturaya dayanarak davalı aleyhine icra takibine geçmiştir. Faturaya dayalı alacaklarda alacağın likid kabul edilebilmesi için faturanın borçlu davalıya tebliğ edilmesi, yasal sürede itiraz edilmeyerek içeriğinin kesinleşmesi veya faturanın davalının ticari defterlerine kayıt edilerek benimsenmesi gerekir.” 14. HD., 13.11.2011, 2012/12640, K. 2012/13197 (Karar yayımlanmamıştır).

⁹⁶⁰ Muşul, **İcra İflas**, s. 716-717. “Davacının delil olarak dayandığı isteyen her kişi adına düzenlenmesi olanaklı bulunan faturadaki malların ayırt edici özellikleri yazılmadığı gibi davacı üçüncü kişilerin bu malları borçlu şirketten satın aldığı anlaşılmaktadır. Ayrıca hem faturayı düzenleyen borçlu şirketin hem de adına fatura düzenlenilen üçüncü kişi şirketin adreslerinin aynı olması da dikkat çekicidir.” 17. HD., 16.6.2011, E. 2011/5673, K. 2011/6239. Faturada haczedilen malları ayırt edici özellik bulunmadığından karinenin aksini ispat edemeyeceğine dair bkz. 17. HD., 29.3.2011, E. 2011/1928, K. 2011/2792 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). “İİK'nun 97/a maddesinde öngörülen mülkiyet karinesi borçlu dolayısıyla alacaklı yararına değildir. Bu karinenin aksi davacı 3.kişi şirket tarafından ispat edilmelidir. **Davacı 3.kişi şirketin dayandığı, her kişi adına düzenlenmesi mümkün olan fatura mülkiyet karinesinin aksini ispat için yeterli değildir.** Üstelik söz konusu fatura borcun doğum tarihinden sonraki tarihtir ve malın ayırt edici özelliği de belirtilmediğinden mahcuza ilişkin olup olmadığı kesin bir şekilde tespit edilemediği gibi her iki şirketin ortaklarının karı, koca, anne ve oğul olmaları nedeni ile şirket ortakları arasında akrabalık ilişkisi bulunduğu açıkça anlaşılmaktadır.” 8. HD. 18.3.2013, E. 2013/3092, K. 2013/3720 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). “Haciz edilen taşınırın borçlu P.P.SAN. ve Tic. A.Ş.ne değil, kendisine ait olduğunu iddia eden davacı 3. kişi M.M. San. ve Tic. A.Ş.nin ise, bu iddiasını ispat için dayandığı faturalar dışında güçlü ve inandırıcı herhangi bir delili huzurdaki dava Dosyasına ibraz etmediğinden iddiasının sübut bulmadığı...” Timuçin Muşul, **İcra ve İflas Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar ve Bilirkişi Raporları**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 451.

belirtmektedir⁹⁶¹. Ancak mahkemenin faturanın mülkiyet karinesinin aksini ispat edeceği yönünde kararları da vardır⁹⁶². Yargıtay, faturaların mülkiyet karinesinin aksini ispat edebilmek için gerçek olduğunun saptanması gerektiği kanaatindedir⁹⁶³. Bizce de, itiraz edilmemiş ve ticari defterlere kaydedilmiş fatura, mülkiyete ilişkin fiili bir karine teşkil edebilmekle beraber, TTK m. 21/2 kapsamına mülkiyetin alınmasını sağlamaz. Bu faturanın İİK m. 97/a'daki mülkiyet karinesinin aksini ispat edebilmesi de, her durumda mümkün olmamalıdır. Durumun şartlarına göre, - Yargıtay'ın kabulü gibi faturanın gerçek olduğunun belirlenmesi halinde- başka delillerle kullanılan fatura, bu karineyi hükümsüz kılabilir.

⁹⁶¹ “Dava konusu makinaya ait faturanın davacı adına olması mülkiyete karine ise de davacı tarafından davacıya devredildiğinden salt faturanın davacı adına olması da **mülkiyetinin davacıya ait olduğunun delili olamaz.**” 13. HD., 24.6.2003, E. 2003/4522, K. 2003/8306 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Kanımızca, Yargıtay bu kararda fiili karine kullanmıştır. Ünal, fatura hem borçlandırıcı muameleye hem de ziyetliğin devredildiğine karine olabileceğinden, faturanın mülkiyetin de kazanıldığına hem taraflar hem de üçüncü şahıslar bakımından fiili bir karine teşkil edeceği kanaatindedir. Geçerli bir borçlandırıcı işlem yoksa veya uygulamada sık görüldüğü gibi faturada belirtilen mallar yerine başka mal teslim edilmesi söz konusu olursa fatura mülkiyete delil teşkil etmeyecektir. Bkz. Ünal, **a.g.e.**, s. 168.

⁹⁶² “Somut olayda 3.9.2009 ve 10.11.2009 tarihli haciz tutanakları içeriğine göre İİK.97/a maddesindeki mülkiyet karinesinin borçlu dolayısıyla alacaklı yararına olduğu yönündeki mahkeme tespiti doğru olmakla beraber davacı 3.kişi tarafından karine aksi için sunulan tapu kaydı ve borçtan önce davacı 3.kişi adına düzenlenmiş 17.9.2001 ve 28.7.2007 tarihli fatura içerikleriyle fatura tanıkları beyanından davacı 3.kişinin haciz yapılan evin 1.3.2006 tarihinden beri maliki olduğu, haciz tutanağının 4.6 ve 7 sırasındaki mahcuzların anılan faturalarda yer aldığı dolayısıyla davaya konu mahcuzlardan haciz tutanağının 4.6 ve 7. sıradaki mahcuzlar yönünden karine aksinin ispatlandığının kabulüyle anılan mahcuzlar yönünden davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken” 17. HD., 18.10.2011, E. 2011/4951 K. 2011/9455 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹⁶³ “Davacı 3. kişi 1.3.2002 tarihinde haczedilen eşyalardan 1 adet televizyon ve buzdolabı için 11.9.1996 tarihli fatura ibraz etmiştir. Davacı tarafça **ibraz edilen faturanın gerçek olduğu saptandığı takdirde, içeriğindeki eşyalar yönünden yasal karinenin aksinin** kanıtlandığının kabulü gerekir. Bu nedenle, fatura dip koçanlarının faturayı düzenleyen firmalardan getirilmesi, faturayı düzenleyen firma yetkililerinin tanık sıfatıyla çağrılıp dinlenmesi, gerektiğinde faturaların firmaların ticari defterlerinde, malların da envanterlerinde kayıtlı olup olmadığı konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılarak faturalı eşyalar yönünden oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken...” 21. HD., 16.4.2003, E. 2003/2798, K. 2003/3469 (YKD, 2003/9, s. 1426-1427).

SONUÇ

Hukuk muhakemesi kapsamında karineler ve faturanın hukuki niteliği konusunda yapmış olduğumuz çalışmamıza ilişkin vardığımız sonuçlar şu şekildedir:

I. Karine; kavramsal olarak aydınlatılamamış, etkisi açısından da oldukça tartışmalı, tam bir netliğe kavuşturulamamış karmaşık bir kavramdır. Karine hukuki anlamda bilinenden bilinmeyene sonuç çıkarma faaliyeti olarak tanımlanmaktadır. Karine; karine temeli, karine sonucu ve fiili belirsizlik olmak üzere üç unsurdan oluşmaktadır. Karine sonucunun çıkarılabilmesi için karine temelinin iddia ve ispat edilmesi gerekmektedir. Karine temeli bulunmadığı halde karine olarak ifade edilen düzenlemeler, teknik anlamda karine olarak kabul edilemez. Bu düzenlemelere sözde karineler denmektedir. TMK m. 3'te yer alan iyiniyet karinesi bir sözde karinedir. Yorumlayıcı hukuk kuralları ve tamamlayıcı hukuk kuralları da karinelere benzemekle beraber karine olarak kabul edilmemektedir.

II. Kanuni karinelerin kaynağını kanun oluşturmaktadır. Örf ve adet kuralları, tecrübe kuralları ve hakimin hukuk yaratması fiili karinelerin kaynağı olabilir. Ayrıca taraflar, ispat yükü sözleşmesi yapabilecekleri hallerde, sözleşme ile hak ve olay karinesi de düzenleyebilirler. Doktrindeki tarafların hak karinesi düzenleyemeyecekleri görüşünün aksine, ispat yükü sözleşmesi yapabilme sınırları dahilinde, hak karinesi düzenleyebileceklerini kabul etmekteyiz.

III. Kanun koyucu karinelerle bazı amaçlar gütmüştür. İspatın zor olduğu durumda, ispat kolaylığını sağlamak, karine ile metinleştirmenin kolaylığı, hukuki durumun netliğini sağlamak, hukuki kurumları korumak, hukuki güvenliği sağlamak gibi amaçlarla karineler düzenlenmiş olabilir. Bu amaçlarla birlikte, asıl olarak ispat yükünün dağılımına ilişkin belirleme yaparak ispat hukukunu etkilemek amaçlanmıştır.

IV. Karineler kanunda düzenlendikleri takdirde kanuni karineler olarak adlandırılırken, kanunda düzenlenmeyip hakim tarafından tecrübe kurallarına dayalı olarak somut olayda sonuç çıkarılması ile oluşturulduğunda fiili karineler olarak adlandırılır. Kanuni karineler de aksinin ispat edilip edilememesine göre aksi ispat edilebilen karineler ve aksi ispat edilemeyen karineler olarak ayrılır. Aksi ispat edilebilen karineler karine sonucunun konusuna göre hak karineleri ve olay karineleri olarak ayrılır. Belli bir hukuksal sonucun doğması için varlığı gerekli olumlu veya olumsuz vakıanın mevcut olduğunun, varlığı bilinen başka bir vakiadan çıkarılmasını sağlayan hukuk kuralları olay karineleridir. TMK m. 31’de düzenlenmiş olan ölüm karinesi olay karinesine örnek olarak verilmektedir. Bilinen bir vakiadan, bilinmeyen bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun çıkarıldığı karineler ise hak karineleridir. Hak karinelerinin önemli bir örneğini TMK m. 985 oluşturmaktadır.

V. Kanun koyucu HMK m. 190’da ispat yükü başlığı altında yaptığı düzenlemede karinelere de yer vermiştir. Bu düzenlemede karineye dayanan tarafın karine temeline ilişkin ispat yükünü taşıdığını ve karşı tarafın karinenin aksini ispat edebileceği belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemeden anlaşıldığı üzere, karineye dayanılması ispat yükünden tamamen muafiyet sağlamamaktadır. Karineye dayanan taraf karine temeline ilişkin ispat yükünü taşıırken, karine sonucuna yönelik ispat yükünden muaftır. Karinenin karşı tarafına ise aksini ispat yükü yüklenmiştir. Karineye dayanan tarafa karine temeline ilişkin ispat yükünü, karinenin karşı tarafına da karinenin aksini ispat yükünü yükleyen kanun koyucu, aksi ispat edilebilen karinelerle ispat yükünün dağılımını belirlemiştir. Bu açıdan aksi ispat edilebilen karineleri ispat yükü kuralları olarak kabul etmekteyiz. Ancak bu kurallar diğer ispat yükü kurallarından farklı olarak, karine temelini ispat edilmesi halinde uygulanabilir. Kanun koyucu karinelerin uygulanmasını karine temeli denemeye öncüle bağlamış olduğundan, aksi ispat edilebilen karineleri özel nitelikte ispat yükü kuralları olarak kabul etmekteyiz.

VI. Aksi ispat edilebilen karineler maddi hukukta ve muhakeme hukukunda etki gösterebilmektedir. Karineleri ispat yükü kuralları grubundan kabul ettiğimizden, bu

karinelerin hangi alana ait oldukları sorusunu, ispat yükü kurallarının hangi alana ait oldukları yönünden cevaplandırmaktayız. Bir hukuk kuralının koşul vakıalarına yönelik ispat yükü sorununu, o hukuk kuralının girdiği hukuk alanına göre belirlemekteyiz. Aksi ispat edilebilen karinenin de düzenlediği husus hangi hukuk alanına giriyorsa, karinenin o hukuk alanına dahil olduğunu söyleyebiliriz. Kısaca, maddi hukuk ya da muhakeme hukuku alanında aksi ispat edilebilen karineler oluşturulabilir. Bu açıdan karineyi, münhasır olarak maddi hukuka ya da muhakeme hukukuna ait olarak kabul etmiyoruz.

VII. Taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı yargılamada aksi ispat edilebilen karinelerin taraflara etkisi, ispat yükü ve iddia yükü açısından ele alınabilir. Karine temeline ilişkin ispat yükü, ispat hukukunun genel kurallarına göre yerine getirilmektedir. Karine temeline dair taşınan ispat yükünü, iddia yükü takip etmektedir. Karine sonucuna ilişkin ispattan muafiyet tanındığı için, iddia yükünden de karineye dayanan tarafın muafiyeti vardır. Yani, karine sonucunu hakimin iura novit curia-hakim hukuku bilir ilkesi gereğince uygulaması gerekmektedir. Hakim karine sonuca ilişkin ikna olup olmadığına bakmadan ve delilleri serbestçe değerlendirme ilkesini uygulamadan, karine sonucunu re'sen nazara almalıdır. Hak karinelerinin karine sonucunda yapmış oldukları hukuki nitelendirmeden dolayı, hakimin hukuku uygulama görevini üstlendiği görüşü kabul edilmektedir. Ancak bizim kanaatimiz, hak karineleri hukuki nitelendirme yapsa da hukuk kuralını somut olaya uygulayacak olanın hakim olduğu ve bundan dolayı hak karinelerinin hakimin hukuku uygulama görevini üstlenmediği yönündedir.

VIII. Aksi ispat edilebilen karinelerin hükümsüz hale gelmesi, karineye karşı bir normun, koşul vakıasının ispat edilmesi halinde mümkündür. Karinenin kendi içinde çatışması veya başka bir karineyle çatışması halinde de karinelerin uygulanıp uygulanmaması tartışılmaktadır. Aksi ispat edilebilen karinelerin hükümsüz kılınması, karşı ispat ve aksini ispat faaliyetleriyle yapılmaktadır. Karine temelindeki vakıaya yönelik yapılan karşı ispat faaliyetiyle hakimdeki kanaat sarsılarak karinenin uygulanmasına engel olunabilir. Karine temeli ispat edildikten sonra karine

sonucunun uygulanması mümkün hale geldiğinde, aksini ispat faaliyetiyle karinenin hükümsüz hale gelmesi sağlanabilir.

IX. Tezimizin üçüncü bölümünde kesin karineleri ve bu karinelerle bağlantılı olan varsayımları ele aldık. Kesin karinelerin ve varsayımların aksini ispata kanun koyucu izin vermemiştir ve bu düzenlemelerle vardığı sonucun kesin olmasını istemiştir. Uygulama açısından bir farklılıkları olmasa da kesin karineler ve varsayımlar teorik olarak farklılık taşır. Varsayımlarda iki farklı vakıa aynı hukuki sonuca bağlanırken ya da belirli bir vakıaya doğrudan kanun tarafından bağlanan kesin sonuç söz konusu iken, kanun koyucu kesin karinelerde bir vakıanın mevcudiyetinden başka bir vakıaya yönelik çıkarım yapmaktadır. Varsayımlarda her iki vakıa da bilinmektedir ve karinelerdeki gibi bilinmeyen vakıaya yönelik bir çıkarım yapılmamaktadır. Kanun koyucu, varsayımlarda yaptığı belirlemenin gerçek hayata uygun olmadığını bilmektedir. Ancak kesin karinelerde gerçek hayata uygun bir belirleme yapılmaktadır. Kesin karineler ve varsayımlar ispat yükünün dağılımını sağlayan kurallar ya da ispat kuralları olarak nitelendirilmemelidir.

X. Üçüncü bölümün devamında emare ispatı, ilk görünüş ispatı ve fiili karineler üzerinde durduk. Emare ispatında, asıl vakıayla bağlantılı olan yardımcı vakıaların ispatlanmasıyla asıl vakıanın ispat edilmesine yönelik bir faaliyet söz konusudur. İlk görünüş ispatı emare ispatının bir türü olmakla beraber, bu ispat faaliyetinde, genel yaşam deneyimlerinin kendisine sonuç bağladığı vakıa ispat edilerek, olayların ilk görünüşüne bakılıp güvenilirliği yüksek tecrübe kurallarının doğrudan uygulanması söz konusudur. Emare ispatında ise vakıaların münferit analizi söz konusudur ve ilk görünüş ispatındaki gibi tecrübe kuralları doğrudan uygulanmamaktadır. Fiili karinelerde ise, karine temelinde yer alan emare vakıaların ispatının ardından, tecrübe kurallarına dayalı olarak karine sonucundaki vakıaya yönelik yapılan çıkarımda, bir değer yargısı, genel kural oluşturulması söz konusu olmaktadır. Esasında ilk görünüş ispatı ve fiili karineler emare ispatının farklı görünüşleri olmakla beraber, emare ispatının türleridir. Zira üçünde de, tecrübe kurallarını temel alarak, hakimin emare vakılardan somut olayda çıkarım yapması söz konusudur.

XI. Fiili karinelere, karine temelindeki vakıanın iddia ve ispat edilmesi üzerine, delillerin değerine, ileri sürülen vakıaların doğruluğuna ilişkin, delillerin değerlendirilmesi aşamasında, hakim tarafından tecrübe kurallarına dayanılarak karine sonucuna ilişkin çıkarım yapılmaktadır. Hakim fiili karineleri uygularken, serbestçe değerlendirme ilkesiyle hareket etmekte ve bu karinelerle bağlı olmamaktadır. Halbuki kanuni karinelere hakime karine sonucu bakımından serbestçe takdir imkanı tanınmamakta ve hakim karine sonucunu uygulamak zorunda kalmaktadır. Yargıtay, fiili karinelere ispat yükünün dağılımını sağlayıcı rol yüklemekte ve fiili karineye dayanan tarafın ispat yükünü taşımadığı yönünde karar vermektedir. Ancak bize göre, fiili karine temelinde yer alan emare vakıanın iddia ve ispatı ile, karine sonucundaki vakıa ispatlanmakta ve ispatlanmış olarak karara esas alınmaktadır. Yargıtay'ın aksine, bu karinelerin, aksi ispat edilebilen karineler gibi ispat yükü kuralı niteliğinde olmadığını ve bu karinelerin ispat yükünün dağılımında etkilerinin bulunmadığını kabul etmekteyiz.

XII. Çalışmamızın dördüncü bölümünde faturanın hukuki niteliği üzerinde durduk. TTK m. 21/2'de yer alan *bir fatura alan kişi aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde faturanın içeriği hakkında bir itirazda bulunmamışsa bu içeriği kabul etmiş sayılır* karinesi çerçevesinde faturanın ispat hukukundaki yerine dair incelememizi yaptık. Bu karinenin uygulanabilmesi için tarafların arasında geçerli, temel bir borç ilişkisinin bulunması gerekmektedir. Faturanın karşı tarafa gönderilmesi ve karşı tarafın faturayı aldıktan itibaren sekiz gün içerisinde faturaya bir itirazda bulunmamış olması gerekmektedir. Bu karinenin uygulanması için faturanın gerekli şekli şartları taşınması ve karşı tarafın da tacir olması lazımdır. Ayrıca doktrinde ifade edildiğinin aksine, bu karinenin uygulanabilmesi için faturanın ticari defterlere kaydedilmiş olması gerektiği kanaatinde değiliz. Ticari defterlere faturanın kaydedilmesi, faturaya ilişkin uyuşmazlık çıktığında önem taşımaktadır.

XIII. Faturaya itiraz edilmemesi, malın teslim edildiği ve işin yapıldığını göstermez. Söz konusu vakıaları faturayı gönderen tarafın ispat etmesi gerekmektedir. Faturaya süresinde itiraz edilmediği takdirde, faturanın olağan içeriği

–malın, hizmetin türü, miktarı, bedeli ve tutarı- kabul edilmiş sayılır. Söz konusu karinenin aksini faturayı alan tarafın ispat etmesi gerekmektedir. Bu karineyle, faturaya itiraz etmeyen taraf, faturanın olağan içeriğinin sözleşmeye uygun olmadığını ispat yükünü taşır.

XIV. TTK m. 21/2'deki karine uygulansın ya da uygulanmasın, fatura, onu düzenleyen aleyhine senet teşkil eder. Faturayı alan bakımından da karine sayesinde faturanın senet niteliğini kazandığı kabul edilmektedir. Ancak biz bu kanaatte değiliz. Çünkü aksi ispat edilebilen karineler kanaatimizce özel nitelikte ispat yükü kuralıdır ve TTK m. 21/2 de aksi ispat edilebilen bir olay karinesidir. Bu karinenin işlevi ispat yükünün dağılımında etkisini gösterirken, faturanın senet niteliğini kazanmasında bir etkisi bulunmamaktadır. Çünkü bu kural ispat kuralı niteliğinde değildir ve senet özelliklerini taşımayan bir belgeye, senet niteliğini kazandıramaz. Keza faturayı alan tarafın faturada imzası bulunmamaktadır ve içeriğin kabul edilmiş sayılması da faturada olmayan imzanın işlevine sahip değildir. Bu bakımdan, fatura, itiraz edilmiş olsun ya da olmasın faturayı alan bakımından HMK m. 199 bakımından belge niteliğindedir. Şayet fatura ticari defterlere kaydedilmiş ve ticari defterler de kesin delil niteliğindeyse, faturanın içeriği kesin delille ispat edilmiş olur ve bu hususların ortadan kaldırılması da ancak kesin delille mümkün olabilir. Bunun dışında, faturanın aksinin her durumda, senede karşı senetle ispat zorunluluğu kapsamında senetle ispat edilmesi gerektiği kanaatini taşımamaktayız.

KAYNAKÇA

- Akev, Sahir Talat: “Faturadan Doğan Sorumluluk-Eksik Teselsül”, **BATIDER**, C. VI, 1971-1972, s. 401-404.
- Akipek, Jale G., Akıntürk, Turgut, Ateş Karaman, Derya: **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, C. I, 8. bs., İstanbul, Beta Basım, 2011.
- Akil, Cenk: “Hakimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi”, **AÜHFD**, C. LVII, S.3, 2008, s. 1-32.
- Akkanat, Halil: **Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010.
- Alangoya, Yavuz: “Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.521-531.
- Alangoya, Yavuz: **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979.
- Alangoya, Yavuz, Yıldırım, Kamil, Deren-Yıldırım, Nevhis: **Medeni Usul Hukuku Esasları**, İstanbul, Beta Basım, 2009.
- Albayrak, Hakan: **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

- Allner, Uwe: **Die tatsaechliche Vermutung mit besonderer Beruicksichtigung der GEMA-Vermutung**, Pfaffenweiler, Centaurus-Verl.- Ges., 1993.
- Alver, Cemil: **Ticaret Kanunu Genel Esaslar: aciklamali-ictihatli**, Ankara, Beyda Ofset, 1988.
- Ansay, Sabri Şakir: **Hukuk Yargulama Usulleri**, 7. bs, Ankara, Milli Egitim Basimevi, 1960.
- Anzinger, Heribert M.: **Anscheinbeweis und Tatsaechliche Vermutung im Ertragsteuerrecht**, Darmstadt, C.H.Beck, 2005.
- Arıcı, Fatih M.: “Ticaret Hukuku ve Usul Hukuku Açısından Kapalı Fatura”, **Hukuki Perspektif Dergisi**, Sa.6, 2006, s.198-205.
- Arkan, Sabih: **Ticari İşletme Hukuku**, 15. bs, Ankara, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2011.
- Arslanlı, Halil: **Kara Ticaret Hukuku Dersleri Umumi Hükümler**, 2. bs, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1959.
- Atalay, Oğuz: “Emare İspatı”, **Manisa Barosu Dergisi**, Temmuz-Ekim 1999, s. 7-22.
- Atalay, Oğuz: **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001.
- Atalı, Murat: “Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında Dava Dışında Edindiği Şahsi Bilgisini Kullanması”, **Halûk**

- Konuralp Anısına Armağan,** Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- Ayan, Serkan: “6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü” **DEÜHF**, S. 12, s. 717-788.
- Ayhan, Rıza, Özdamar, Mehmet, Çağlar, Hayrettin: **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, 4. bs, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011.
- Balkız, Zeynel: “Hukukumuzda Faturalar ve İspat Kuvveti”, **Manisa Barosu Dergisi**, 1984, Y.3, sa, 11, s.8.
- Barlas, Nami: **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1992.
- Başözen, Ahmet: **Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı**, Ankara, Adalet yayınevi, 2010.
- Baştuğ, İrfan, Erdem Ercüment: **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1993.
- Baumbach, Adolf, Lauterbach ,Wolfgang, Albers, Jan, Hartmann, Peter: **Zivilprozessordnung**, 58. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2000.
- Baumgaertel, Gottfried, Laumen, Hans-Willi, Prütting, Hanns: **Handbuch der Beweislast**, 2. Auflage, München, Carl Heymanns Verlag, 2009.

- Baumgaertel, Gottfried: **Wesen Und Begriff Der Prozesshandlung Einer Partei Im Zivilprozess**, 2. Auflage, Köln, C. Heymann, 1972.
- Baumgaertel, Gottfried: "Die Bedeutung der sog. tatsächliche Vermutung im Zivilprozess", **Festschrift für Karl Heinz Schwab**, München, 1990, s. 43-51.
- Behm, Hanns Ludwig: **Die juristische Konstruktion der Rechtsvermutung**, Berlin, Noske, 1913.
- Belgesay, Mustafa Reşit: **İsbat Külfeti**, Üniversite Konferansları 1937-1938, İstanbul, Ülkü Basımevi, 1939, s. 137-142. (İsbat)
- Belgesay, Mustafa Reşit: **Hukuk Usulü Muhakemeleri Şerhi İsbat Teorisi**, C.III, 3. bs., İstanbul, Şaka Matbaası, 1950. (Şerh)
- Belgesay, Mustafa Reşit: **Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1947. (Mecelle)
- Belgesay, Mustafa Reşit: **Kanuni ve Takdiri Deliller ve Temyiz Mahkemesinin Delilleri Tetkiki**, Ankara, Ankara Hapisane Matbaası, 1938.
- Bilge, Necip, Önen, Ergun: **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. bs., Ankara, Sevinç Matbaası, 1978.
- Bilgili, Fatih, Demirkapı, Ertan: **Ticaret Hukuku Dersleri**, Bursa, Dora Basım, 2012.
- Blomeyer, Arwed: **Zivilprozessrecht**, Zweite Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1986.

- Blomeyer, Arwed: “Medeni Usul Hukukunda Delillerin Takdiri”, çev. Turgut Akıntürk, **AÜHFD**, C. XXV, S. 3-4., 1968, s. 167-178.
- Budak, Ali Cem: “Ticari Defterlerle İspat Usulü Kaldırılmamalıdır”, **YÜHFD**, C. II, S.1, 2005, s. 511-521.
- Daenzer, Otto August: **Die Tatsaechliche Vermutung**, Berlin, J. Bensheimer, 1914.
- Deliduman, Seyithan: Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki, **AÜEHFD**, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 413-435.
- Doğanay, İsmail: **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C. I, 4. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2004.
- Domaniç, Hayri: “Fatura ve İspat Kuvveti”, **BATIDER**, C.III, S. 4, 1966, s. 661-666.
- Domaniç, Hayri: **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, 4. b.s., İstanbul, Eskin Matbaası, 1988.
- Donau, Helmut: “Die Bedeutung von Fiktionen, Vermutungen und Auslegungsregeln im summarischen Prozess”, **ZZP** 67. Band, Heft 6/1954, s. 451-463.
- Edis, Seyfullah: **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 6. bs., Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997.
- Engin, Baki İlkay: “Fatura veya Teyit Mektubunda Yer Alan Wade Farkı Kaydına İtiraz Edilmemesinin Sonuçları”, **İÜHFM**, C. LXI, S. 1-2, 2003

- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.
- Eriş, Gönen: **Ticari İşletme ve Şirketler**, C.I., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Erlüle, Fulya: “Babalık Karinesi”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, İstanbul, Vedat yayıncılık, 2009, s. 685-699.
- Erten,Rıfat, Acır, Birsen, Taşveren Sema: “GEN (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **AÜHFD**, 1996/1-4, s. 573-588.
- Fabreguettes, M.P.: **Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı**, Ankara, Adliye Vekilliği, 1945.
- Fasching, Hans W.: **Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts**, Zweite, Auflage, Wien, Manzsche Verlags und Universiaetsbuchhandlung, 1990.
- Gierk, Erich: **Die widerlegbaren Rechtsvermutungen im heutigen Recht**, Rostock, Rats- und Universitaets-Buchdruckerei Adlers Erben, 1927.
- Goldmann, Max: **Über den Unterschied zwischen der Vermutung einer Tatsache und der Vermutung eines Rechtsverhaeltnisses**, Schweidnitz, Buchdruckerei L. Heege, 1913.
- Gorter, James P.: **Law of Evidence**, Baltimore, Hepbron and Haydon, 1924.

- Göksu, Mustafa: “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, 2011, s. 53-65.
- Gönenç, Fulya İlçin: “Roma Hukukundan Günümüze Hukuki Faraziyeler”, **EÜHFD**, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 137-152.
- Guggenbühl, Markus: **Die gesetzlichen Vermutungen des Privatrechts und ihre Wirkungen im Zivilprozess**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990.
- Guldener, Max: **Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht**, Zürich, Schulthess&Co. AG, 1955. (Beweis)
- Guldener, Max: **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1979. (Zivil)
- Gümüş, Mustafa Alper: Makbuz Verilmesi ve Borç Senedi İadesine Bağlanan Yasal Karineler (BK m. 88), **MÜHF-HAD**, C. 17, s. 351-375.
- Habscheid, Walter J.: **Schweizerisches Zivilprozess und Gerichtsorganisationsrecht**, 2. Auflage, Basel und Frankfurt am Main, Verlag Helbing&Lichtenhahn, 1990.
- Hatemi, Hüseyin: **Medeni Hukuk’a Giriş**, 6. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.

- Hedemann, Justus Wilhelm: **Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reiches**, Jena, Verlag von Gustav Fischer, 1904.
- Holzhammer, Richard: “Die einfache Vermutung im Zivilprozess”, **Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag**, Wien, Manz, 1986, s. 205-229.
- Işıқтаç, Yasemin: **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1992.
- İmre, Zahit: **Medeni Hukuka Giriş**, 3. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980.
- İmregün, Oğuz: **Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri**, Yasa Yayıncılık, İstanbul, 1989.
- Jones, Burr W.: **The Law of Evidence in Civil Cases**, Third Edition, San Fransisco, Bancroft-Whitney Company, 1924.
- Karafakih, İsmail Hakkı: “Vasıtalı Deliller”, **Sabri Şakir Ansay’ın Hatrasına Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1964, s. 169-180.
- Karahan, Sami: “Fatura ve Faturaya İtiraz”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan**, İstanbul, Alkım Yayınları, 2007, s. 685-691.
- Karakaş, Fatma Tülay: “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, **AÜHFD**, C. LXII, S. 3, 2013.

- Karayaalçın, Yaşar: **Ticaret Hukuku**, 3. bs., Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, 1968.
- Karslı, Abdurrahim: **Medeni Muhakeme Hukuku**, 3. bs., İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2012. (Medeni Muhakeme)
- Karslı, Abdurrahim: **Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler**, İstanbul, Kudret Basım, 2001.
- Karslı, Abdurrahim, Koç, Evren, Konuralp, Cengiz S.: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemler**, İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2014.
- Keser, Leyla: İlk Görünüş İspatı (Prima Facie Beweis), **Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsell'e Armağan**, İzmir, 2001, s. 231-248.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Turhan Yayınevi, 2013.
- Koch, Walter: **Der Rechtsschein im Handelsrecht**, y.y, e.y., 1923.
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz: "Karine ve Borçlar Kanununun 96. Maddesindeki Kusur Karinesi", **Yargıtay Dergisi** 1994/10, S. 3, s. 272-286.
- Konuralp, Haluk: **İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009. (İspat)
- Konuralp, Haluk: **Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009. (Yazılı Delil).

- Kuhn, Hans: **Die Beweislast insbesondere im Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Bern, Verlag von Staempfli, 1912.
- Kumkale, Ruknettin: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'ndaki Fatura Maddesi ile İlgili Görüş", **Terazi Hukuk Dergisi**, S. 1, 2006, s. 19-24.
- Kummer, Max: **Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I Einleitung und Personenrecht**, Einleitung, Art. 1-10 ZGB, Bern, Verlag Staempfli Cie., 1966.
- Kummer, Max: **Grundriss des Zivilprozessrechts**, Bern, Verlag Staempfli & Cie Ag, 1978.(Grundriss)
- Kuru, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı**, İstanbul, Alfa Basım, 1995. (El Kitabı)
- Kuru Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C.II, 6. bs., Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, İstanbul, 2001. (Usul)
- Kuru, Baki, Arslan, Ramazan, Yılmaz, Ejder: **Medeni Usul Hukuku**, 22. b.s., Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.
- Larenz, Karl: **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, sechste Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, Springer Verlag, 1991.
- Laumen, Hans W.: "Die Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr: Ein

- beweisrechtliches Phaenomen”,
NJW, 2002, s. 3739-3746.
- Leipold, Dieter: **Beweismass und Beweislast im Zivilprozess**, Berlin, Newyork, Walter de Gruyter, 1985.
- Leipold, Dieter: **Beweislastregeln und Gesetzliche Vermutungen**, Berlin, Duncker Humblot, 1966.
- Loewy, Kaethe: **Die Vermutung**, Bonn und Köln Ludwig Röhrscheid Verlag, 1930.
- Morgan, M. Edmund: “Instructing the Jury upon Presumptions and Burden of Proof”, **Harvard Law Review**, Cambridge, Mass., Volume XLVII, 1933-1934, s. 59-83.
- Moroğlu, Erdoğan, Kendigelen, Abuzer: **İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 10. bs., İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2012.
- Musielak, Hans-Joachim: **Grundkurs ZPO**, 8. Auflage, München, Verlag C.H.Beck, 2005. (Grundkurs)
- Musielak, Hans-Joachim: **Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess**, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1975. (Beweislast)
- Musielak, Hans Joachim: “Die sog. tatsächliche Vermutung”, **JA**, 8-9/2010, s. 561-566.
- Musielak, Hans-Joachim: **Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz**, 9.

- Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2012. (Kommentar)
- Musielak Hans-Joachim, Stadler Max: **Grundfragen des Beweisrechts**, Müncehn, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1984.
- Muşul, Timuçin: **İcra ve İflas Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar ve Bilirkişi Raporları**, 2. bs, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Muşul, Timuçin: **İcra ve İflâs Hukuku**, C. I-II, 6. bs., Ankara, Adalet yayınevi, 2013. (İcra İflas)
- Muşul, Timuçin: **Medeni Usul Hukuku**, 3. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2012. (Usul)
- Oğuzman, Kemal M., Barlas, Nami: **Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 19. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Oğuzman, Kemal M., Öz, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 11. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Oğuzman, Kemal M., Seliçi, Özer, Oktay, Özdemir, Saibe: **Eşya Hukuku**, 15. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2012.
- Olgaç, Senai, Çenberci, Mustafa: "İspat Hukuku Yönünden Ticari Defterler", **BATIDER**, C. III, S. 1, 1965, s. 102-1119.
- Önen, Ergun: **Medeni Yargılama Hukuku**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1979.
- Özdamar, Mehmet: "Yargıtay Kararları Işığında Fatura İçeriğine İtiraz", **ABD**, 1966, S.1, 2008, s. 219-229.

- Özdamar, Emine: “Faturanın Delil Niteliği”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, S.73, 2012, s. 43-48.
- Özekes, Muhammet: **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003. (Hukuki Dinlenilme)
- Özekes, Muhammet: “Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur”, **Halûk Konuralp Anısına Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 745-779. (Hukuki Sebep)
- Özekes, Muhammet: “FSEK’de İspata İlişkin 76. Maddenin İspat Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi” **Legal Fikrî ve Sinaî Haklar Dergisi**, 2005/1, S. 78-87. (FSEK)
- Özmumcu, Seda: “1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Delillerin İkamesi Hakkındaki Hükümlerine Mukayeseli Bir Bakış”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Dergisi**, 2013/9, S. 101-102, s. 42-66.
- Öztekin, Günseli: “İsbat Hukuku ve Delillere Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler”, **MHB Bülteni**, S.1, 1989, s. 37-46.
- Pekcanitez, Hakan, Atalay, Oğuz, Özekes, Muhammet: **Medeni Usul Hukuku**, 14. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

- Plosz, Alexander: “Die Natur der gesetzlichen Vermutungen”, **Festschrift für Adolf Wach**, Band II, Leipzig, Scientia-Verlag, 1970, s. 1-40.
- Poroy, Reha, Yasaman, Hamdi: **Ticari İşletme Hukuku**, 14. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Postacıoğlu, İlhan E.: **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. bs., İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., 1975.
- Prütting, Hanns: **Gegenwartsprobleme der Beweislast**, München C.H.Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1983. (Beweislast)
- Prütting Hanns, Gehrlein Markus: **ZPO Kommentar**, 4. Auflage, Köln, Luchterhand, 2012.
- Rosenberg, Leo: **Die Beweislast**, München und Berlin, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1965.
- Rosenberg Leo, Schwab, Karl Heinz, Gottwald Peter: **Zivilprozessrecht**, 17. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2010.
- Rothstein, Paul F., Raeder, Myrna S., Crump, David: **Evidence in a Nutshell**, fifth edition, St. Paul MN, Thomson West, 2003.
- Rother, Werner: “Die Bedeutung der Rechnung für das Schuldverhaeltnis”, **AcP**, 164 (1964), s. 97-121.
- Rüegg, Edwin: **Beitrag zur Lehre von der Vermutung im schweiz. Privatrecht**, Zürich, G. Büchi Buchdruckerei, 1947.
- Schellhammer, Kurt: **Zivilprozess**, 12. Auflage, C.F.Müller Verlag, Heidelberg, 2007.

- Schenker, Franz: **Die Voraussetzungen und Die Folgen Des Schuldnerverzugs im Schweizerischen Obligationenrecht**, Freiburg, Universitetsverlag, 1988.
- Schneider, Egon: **Beweis und Beweiswürdigung**, 5. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 1994.
- Sengir Turgut, Taray Haydar: "Ticari Satışlarda İsbat Vasıtalarından Fatura", **İBD**, S. 1-2, 1968, 1-10.
- Serozan, Rona: **Medeni Hukuk Genel Bölüm**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Siegrist, Edgar: **Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses**, Diss, Bern, Stämpfli & Cie, 1938.
- Sivrihisarlı, Ömer: **Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Varisleri, 1978.
- Stein, Friedrich, Jonas, Martin: **Zivilprozessordnung**, 21. Auflage, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1997.
- Strong, John W.: **McCormick on Evidence**, fifth edition, St. Paul, Minn, West Group, 1999.
- Sungurtekin Özkan, Meral, Türkoğlu Özdemir, Gökçe: **Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları**, Ankara, Seçkin yayıncılık, 2008.
- Şen, Yusuf: **İslam Muhakeme Hukukunda Bir İspat Vasıtası Olarak Karine**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 1997.

- Şener, Yavuz Selim: “Fatura ve İspat Vasıtası Olma Özelliği”, **Legal Mali Hukuk Dergisi**, S. 4, 2005 s. 1021-2046.
- Taşpınar, Sema: **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001.
- Taşpınar, Sema: “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, **AÜHFD**, 1996/1-4, s. 533-572.
- Tekil, Fahiman: **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, Bilmen Basım, 1990.
- Topuz, Gökçen: **Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- Tuğsavul, Muhsin: “İspat Külfeti, Kanuni Deliller ve İkamesi”, **AD**, 1951, S. 7, s. 1061-1095.
- Tuluay, Metin: “Delil Anlaşmaları”, yayımlanmamış doktora tezi, İstanbul, t.y.
- Uçar, Salter: **Hukukumuzda Ticaret Sicili Tacir ve Esnaf Kavramı**, İstanbul, Alfa Basım, 1993.
- Umar Bilge , Ejder Yılmaz: **İspat Yükü**, 2. bs., İstanbul, Kazancı Matbaacılık Sanayi A.Ş., 1980.
- Umar, Bilge: “Hususi Hukukta Karineler”, **Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1964, s. 181-194.
- Umar, Bilge: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

- Umur, Ziya: **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. bs., Beta, İstanbul, 2010.
- Uyar, Talih: “Kambiyo Senetlerindeki Mücerretlik İlkesi, Kambiyo Senedinin Hayatın Olağan Akışına Aykırı Olduğu İddiasına Dayalı Menfi Tespit Davasının Açılmasını Engeller mi?”, **İBD**, C. 87, S. 3, 2013, s. 243-257.
- Ülgen, Hüseyin/ Teoman, Ömer/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Füsün: **Ticari İşletme Hukuku**, 3. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009. (Ülgen, Ticari İşletme)
- Ülgen, Hüseyin: **Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 1975.
- Ülgen, Hüseyin : “Ticari Defterlerle İspat”, **BATIDER**, C. IV, S. 1, 1967, s. 86-103.
- Ünal, Oğuz Kürşat: “Türk Hukukunda Fatura Kavramı ve Hukuki Mahiyeti”, (Çevrimiçi) webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1_2_4.pdf. 7 Mayıs 2014.
- Ünal, Oğuz Kürşat: **Fatura ve Teyit Mektubu**, 5. bs., Ankara, Bilge Yayınevi, 2013 (Fatura).
- Üstündağ, Saim: **İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasası**, İstanbul, Cezaevi Matbaası, 1967.
- Üstündağ, Saim: **Medeni Yargılama Hukukunun Esasları**, 7. bs., İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2000. (Yargılama)

- von Greyerz, Christoph: **Der Beweis negativer Tatsachen**, Bern, Verlag Staempfli, 1963.
- von Tuhr, Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Çev. Cevat Edege, C. I-II, Ankara, Olgaç Matbaası, 1983.
- von Tuhr, Andreas, Escher, Arnold: **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Dritte Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, AG, 1974.
- Yaylalı, Davut: “İslam Hukukunda Karine”, **İslami Araştırmalar**, C.II, S. 6, Ocak, 1988, s. 54-60.
- Yeşilova, Ecehan: **Konişmentonun İspat Kuvveti**, İzmir, Güncel Yayınevi, 2006.
- Yıldırım, Mehmet Kamil: **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul, Kazancı Matbaacılık, 1990.
- Yıldırım, Mehmet Kamil: M. Kamil Yıldırım, “Tasarrufun İptali Davasında Ticari İşletme Devri Karinesi”, **MÜHF-HAD**, C. 19, S. 2, 2013, s. 471-482.
- Yılmaz, Ejder: “Ticari Defterlerin Delil Olması (HMK m. 222) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Bu Konuda Getirdiği Yenilikler”, **Bankacılar Dergisi**, Özel Sayı, 2013, s. 28-41.
- Winkler, Robert: **Die Rechtsvermutungen aus dem Besitz**, Zürich, Verlag Schulthess & Co. AG, 1969.

Zevkliler, Aydın,
Gökyayla, K. Emre:

Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. bs., Ankara, Turhan Yayınevi, 2013.

Zöller, Richard:

Zivilprozessordnung, 22. Auflage, Köln, Dr.Otto Schmidt Verlag, 2001.

Yararlanılan Sözlük ve Ansiklopediler:

Devellioğlu, Fethi:

Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 12. bs., Ankara, Aydın Kitabevi Yayınları, 1995.

Ovacık, Mustafa:

İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü, 3. bs., Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2000.

Kabaağaç, Sinan,

Alova, Erdal:

Latince/Türkçe Sözlük, İstanbul, Sosyal Yayınlar, 1995.

Sevinçgül, Ömer:

Lügat, İstanbul, Zafer yayınları, 2003.

Steuerwald, Karl:

Almanca Türkçe Sözlük, İstanbul, Abc Kitabevi, 1998.

Yılmaz, Ejder:

Hukuk Sözlüğü, 7. bs., Ankara, Yetkin Yayınları.

Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 24, İstanbul, y.y., 2001.

Büyük Lügat ve Ansiklopedi, C.7, İstanbul, Meydan Yayınevi, 1972.

Komisyon, **Hadislerle İslam**, C.I, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2013.

Yargıtay Kararlarına Ulaşılan Süreli Yayınlar:

İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi

Legal Hukuk Dergisi

Yargı Dünyası

Yasa Hukuk Dergisi

Yargıtay Kararlar Dergisi

Yararlanılan Çevrimiçi Kaynaklar:

Gesetze und Rechtsprechung: (Çevrimiçi), www.dejure.org 7 Mayıs 2014.

Beck-online: Die Datenbank: (Çevrimiçi), [//mobile-beck-online.beck.de](http://mobile-beck-online.beck.de) 7 Mayıs 2014.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: (Çevrimiçi), www.kazanci.com 7 Mayıs 2014.

Legal Information Institute: (Çevrimiçi), www.law.cornell.edu/fre/rule_301 7 Mayıs 2014.

Türk Dil Kurumu: (Çevrimiçi), www.tdk.gov.tr 7 Mayıs 2014.