

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Fatih ZORA

MEDENİ USUL HUKUKUNDA ŞAHİT İLE
İSPAT EDİLEBİLECEK HALLER

Danışman
Prof. Dr. Erdal TERCAN

Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk
Yüksek Lisans Tezi

Antalya 2010

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Fatih ZORA'nın bu çalışması, jürimiz tarafından Hukuk Ana Bilim Dalı Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan (Danışman): Prof. Dr. Erolal Teraan E. Teraan
Üye (Danışman) : Yrd. Doç. Dr. Kudret Aslan K. Aslan
Üye : Yrd. Doç. Dr. Abdurrahman Kavayıcı A. Kavayıcı

Tez Konusu: Medeni Usul Hukukunda Zilyet ile İpot Edilebilecek
Nziller.

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi 23./06/2010

Mezuniyet Tarihi :.../...../2010

Prof.Dr. Burhan VARKIVANÇ
Müdür

.....

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	iv
ÖZET.....	vi
ABSTRACT	vii
GİRİŞ.....	1
1. İSPAT ve DELİL KAVRAMLARI.....	3
1.1. İSPAT	3
1.1.1. İspat Kavramı	3
1.1.2. İspatın Konusu	3
1.1.3. İspat Yükü	6
1.1.4. İspat Türleri	9
1.1.4.1. Asıl İspat – Karşı İspat – Aksini İspat.....	9
1.1.4.2. Doğrudan İspat – Dolaylı İspat.....	10
1.1.5. İspat Ölçüsü	10
1.1.5.1. Tam İspat	11
1.1.5.2. Yaklaşık İspat	11
1.2. DELİL.....	12
1.2.1. Genel Olarak.....	12
1.2.2. Delil Türleri	13
1.2.2.1. Kesin Deliller.....	13
1.2.2.1.1. İkrar	14
1.2.2.1.2. Senet	15
1.2.2.1.3. Yemin	18
1.2.2.1.4. Kesin Hüküm.....	23
1.2.2.2. Takdiri Deliller	24
1.2.2.2.1. Bilirkişi (Ehli-vukuf)	24
1.2.2.2.2. Keşif	26
1.2.2.2.3. Özel Hüküm Sebepleri.....	27
1.2.3. Delillerin Değerlendirilmesi	28
1.2.4. Şahidin İspat Hukukundaki Yeri	31
2. ŞAHİTLİK	33
2.1. ŞAHİTLİK VE ŞAHİT KAVRAMI.....	33
2.2. ŞAHİT OLABİLECEK KİŞİLER VE ŞAHİTLİK YAPMA ZORUNLULUĞU.....	34

2.2.1. Şahit Olabilecek Kişiler.....	34
2.2.2. Şahitlik Yapma Zorunluluğu	34
2.2.3. Şahitlikten Çekinebilecek Kişiler	36
2.2.4. Yeminsiz Dinlenecek Kişiler.....	38
2.3. ŞAHİT İFADELERİNİN HÂKİM TARAFINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	39
3. MEDENİ USUL HUKUKUNDA ŞAHİTLE İSPATA İZİN VERİLEN HALLER.....	42
3.1. GENEL OLARAK	42
3.2. HUKUKİ İŞLEMLERİN ŞAHİTLE İSPAT EDİLEBİLDİĞİ HALLER.....	43
3.2.1. Hukuki İşlem (Muamele) Kavramı.....	43
3.2.2. Hukuki İşlem Benzeri Fiiller	46
3.2.3. Hukuki İşlemlerde Uygulanan İspat Kuralları.....	48
3.2.3.1. Senetle İspat Kuralı	51
3.2.3.2. Senede Karşı Senetle İspat Kuralı	55
3.2.4. Hukuki İşlemlerin İspatında Şahit Dinlenebilecek Haller.....	56
3.2.4.1. Yazılı Delil Başlangıcı (Tahriri Mukaddimei Beyyine).....	57
3.2.4.1.1. Genel Olarak.....	57
3.2.4.1.2. Yazılı Delil Başlangıcının Unsurları	59
3.2.4.1.2.1. Yazılılık	59
3.2.4.1.2.2. Aleyhine İbraz Edilecek Kişiden Sadır Olma.....	64
3.2.4.1.2.3. Hukuki İşlemin Varlığına Delalet Etme (İnandırıcılık).....	66
3.2.4.2. Yakın Hısımlık	70
3.2.4.3. Senet Almanın Mümkün Olmadığı Durumlarda Yapılan Hukuki İşlemler	72
3.2.4.4. Senede Bağlanmaması Yaygın (Teamül) Olan Hukuki İşlemler	73
3.2.4.5. Senedin Kaybolması Hali	75
3.2.4.5.1. Senedin Sahibinin Elinde Kaybolması	76
3.2.4.5.2. Senedin Resmi Memurun Elinde Kaybolması	77
3.2.4.6. Senedin Kanuna ve Ahlaka Aykırı Bir Sebepden Verildiğinin İspatı.....	78
3.2.4.7. Senedin Kumar veya Bahis Sebebiyle Verildiğinin İspatı	79
3.2.4.8. Yabancı Ülkede Yapılan Hukuki İşlemlerin İspatı.....	81
3.2.4.9. Taraflar Arasında Şahit Dinlenilmesi Yönünde Delil Sözleşmesinin Varlığı. 82	
3.2.4.9.1. Genel Olarak.....	82
3.2.4.9.2. Delil Sözleşmesi Türleri	84
3.2.4.9.2.1. Münhasır Delil Sözleşmesi.....	84
3.2.4.9.2.2. Münhasır Olmayan Delil Sözleşmesi	86
3.2.4.9.3. Delil Sözleşmesinin Şekli.....	87

3.2.4.10. Muvazaa	90
3.2.4.10.1. Genel Olarak.....	90
3.2.4.10.2. Muvazaanın İspatı	92
3.2.4.10.2.1. Tarafların Muvazaayı İspatı.....	93
3.2.4.10.2.2. Üçüncü Kişilerin Muvazaayı İspatı	95
3.2.4.11. İfa Muamelelerinin İspatı	96
3.3. HUKUKİ FİİLLERİN ŞAHİT İLE İSPAT EDİLEBİLMESİ.....	100
3.3.1. Hukuki Fiil Kavramı.....	100
3.3.2. Hukuki Fiil Örnekleri	104
3.3.2.1. Tazminatı Gerektiren Fiillerin İspatı	104
3.3.2.2. Sözleşmedeki Hata, Hile, Tehdit ve Gabin İddialarının İspatı.....	106
3.3.2.2.1. Hatanın İspatı.....	106
3.3.2.2.1.1. Genel Olarak.....	106
3.3.2.2.1.2. Okunmadan İmzalanan Belgelerin İspatı	108
3.3.2.2.2. Hilenin İspatı	110
3.3.2.2.2.1. Genel Olarak.....	110
3.3.2.2.2.2. Beyaza Atılan İmzanın İspatı	112
3.3.2.2.3. Tehditin (İkrahın) İspatı.....	114
3.3.2.2.4. Gabinin İspatı	116
3.3.2.3. Senetteki Sahteliğin İspatı	117
3.2.3.4. Zilyetlik İddialarının İspatı.....	121
SONUÇ	124
KAYNAKÇA.....	126
ÖZGEÇMİŞ	131

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
Age	: Adı Geçen Eser
AK	: Avukatlık Kanunu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev	: Çeviren
Dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBGK	: İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİD	: İcra ve İflas Dairesi
İİK.	: İcra ve İflas Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İTİD	: İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi
K.	: Karar
m.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği

TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TL.	: Türk Lirası
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
YD	: Yargıtay Dergisi
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi

ÖZET

Bir vakıadan kendi lehine haklar çıkaran taraf, ileri sürdüğü bu vakıanın varlığını ispat etmekle yükümlüdür. Vakıanın varlığı noktasında hâkimi inandırma faaliyeti içinde bulunan tarafın hangi delilleri kullanabileceğinin belirlenmesi ise ispatın sonuca ulaşması için önemlidir. Bu açıdan HUMK, hukuki işlemleri ve hukuki fiilleri ayrı ispat sistemlerine tabi tutmuştur. Kural olarak, hukuki işlemler kesin delillerle ispatlanabilirken, hukuki fiiller her türlü delille ispatlanabilir. Ancak HUMK, hukuki işlemlerin, senede bağlanmasında maddi veya manevi bir imkânsızlığın bulunması halinde hukuki işlemlerin de şahitle ispatına izin vermiştir. Çalışmamızın özünü de kesin delillerle ispat kuralının kapsamına girmeyen diğer bir ifadeyle her türlü delille ispat edilebilecek hukuki fiiller ve hukuki işlemler oluşturmaktadır.

Çalışmamızın birinci bölümünde, ispat kavramı, ispat yükü, ispat türleri ve ispat ölçüsü genel hatlarıyla incelendikten sonra kesin deliller ve takdiri deliller ayrı ayrı irdelenmiş daha sonra delillerin hâkim tarafından nasıl değerlendirileceği çalışmamızla bağlantılı olarak incelenmeye çalışılmıştır.

İkinci bölümde, tarafların en çok başvurdukları ve en önemli takdiri delil olan şahit delili ayrıntılı olarak vurgulandıktan sonra şahitlik yapma zorunluluğu, bu zorunluluğun istisnaları ve yeminsiz dinlenecek kişiler incelenmiş, son olarak da şahit delilinin hâkim tarafından nasıl değerlendirileceği irdelenmiştir.

Üçüncü ve çalışmamızın esasını oluşturan son bölümde ise medeni usul hukukunda şahitle ispat edilebilen haller, hukuki işlemler ve hukuki fiiller için ayrı ayrı ele alınmıştır. Bu anlamda birinci bölümde, hukuki işlem ve hukuki işlem benzeri fiil kavramı incelendikten sonra, bu vakıaların tabi oldukları senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kuralları üzerinde durulmuş daha sonra bu kuralların istisnalarının irdelenmesi yoluyla hukuki işlemlerin şahitle ispat edilebildiği haller belirlenmiştir. İkinci bölümde ise hukuki fiil kavramı, hukuki işlemlerle olan ilişkisi ile birlikte değerlendirildikten sonra uygulamada en çok karşılaşılan ve tartışmalara konu olmuş hukuki fiil örnekleri üzerinde durulmuştur.

ABSTRACT

Cases That Can Be Proved With Witness In Civil Procedure Law

A party that derives rights from a fact in favor of itself is liable to prove the subsistence of the fact it asserts. It is important for the conclusion of the proof to determine what evidence can be used by the party trying to convince the judge with the subsistence of the fact. In this respect, HUMK subject legal transactions and legal acts to separate proof regimes. As a rule, while legal transactions can be proven by conclusive evidence, legal acts can be proven by any kind of evidence. However, in case of a material or immaterial impossibility in binding legal transactions with deed, HUMK allows for the proof of also legal transactions with witness. The essence of our study is formed by legal acts and legal transactions which are not included in the scope of the rule of proof by conclusive evidence, in other words, are provable by any kind of evidence.

In the first chapter of our study, after analyzing the concept of proof, burden of proof, kinds of proof and extent of proof in general terms, conclusive evidence and arbitrary evidence are individually examined and then, it is tried to analyze how the evidence shall be assessed by the judge in connection with our study.

In the second chapter, after the proof of witness which parties most often apply to and which is the most important arbitrary evidence is emphasized in detail, the obligation of witnessing, the exceptions of this obligation and persons to be heard without oath are analyzed and finally, how the evidence of witness shall be assessed by the judge is addressed.

In the third chapter that forms the essence of our study, cases that can be proven by witness in law of civil procedure are individually discussed for legal transactions and legal acts. In this sense, after analyzing legal transactions and acts similar to legal transactions, rules of proof with deed and proof with deed vs. deed which these facts are subject to are emphasized and then, by way of examining the exceptions for these rules, the cases where legal transactions can be proven by witness in the first chapter. In the second chapter, after evaluating the concept of legal act along with its relationship with legal transactions, samples of legal acts which are most frequently met in practice and have been the subject of discussions are emphasized.

GİRİŞ

Hak ve borçlar maddi hukuk tarafından belirlenir. Medeni usul hukuku, kural olarak taraflara yeni haklar vermez. Ancak maddi hukuktan doğan bu haklar, taraflar arasında her zaman için ihtilafsız değildir. İşte usul hukuku, taraflar arasında meydana gelen bu ihtilafın nasıl çözüleceğini belirler ve maddi hukuktan kaynaklanan hak ve borçların yerine getirilmesine hizmet eder¹. Medeni usul hukuku bu amacını yerine getirirken, bir başka ifadeyle hangi tarafın haklı olduğunu tespit ederken içinde barındırdığı bazı müesseselerden yararlanır. Bu müesseselerin başında ise ispat kuralları ve ispat vasıtaları yani deliller gelmektedir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, ispat açısından iki temel sistem belirlemiştir. Bunlar, kesin (kanuni) delil ve serbest delil sistemidir. Bu anlamda, HUMK'un ispat açısından karma bir yapı benimsediği söylenebilir. Kesin delil sistemine göre, miktarı ve değeri kanunda belirtilen miktarı aşan hukuki işlemlerin ve senede bağlanmış iddiaların hüküm ve kuvvetini kaldıracak veya azaltacak hukuki işlemlerin kesin delillerle ispatı öngörülmüştür. Diğer bir ifade ile hukuki işlemler, kural olarak senet, yemin ikrar ve kesin hükümden oluşan kesin delillerle ispat edilebilirler. Bu ispat sisteminin düzenlenmesinin temel sebebi ise tarafların hak ve borçlarını daha objektif vasıtalara bağlama isteği, bu anlamda şahit deliline olan güvensizliktir. Ancak hemen belirtmemiz gerekir ki, senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kuralı olarak adlandırılan bu ispat sistemi istisnasız değildir. Bu anlamda, taraflar arasındaki hukuki işlemin senede bağlanması, maddi veya manevi bir sebepten dolayı imkânsız ise taraflar aralarındaki hukuki işlemi şahitle (taksiri delillerle) de ispat edilebilirler. İkinci ispat sistemi ise hukuki fiiller dışında kalan, hukuki olaylar ve hukuki fiiller için öngörülen serbest delil sistemidir. Bu ispat sistemine göre, hukuki olaylar ve hukuki fiiller herhangi bir kısıtlamaya tabi olmadan her türlü delille ispat edilebilirler. Yukarıda belirttiğimiz üzere maddi veya manevi bir sebepten dolayı senede bağlanamayan hukuki işlemler için de bu ispat sistemi geçerlidir.

Çalışmamızın esasını senetle ispat kuralları dışında kalan, bir başka ifadeyle serbest delil sistemine tabi olan, özellikle de şahitle ispat edilebilecek vakıalar oluşturmaktadır. Bu anlamda şahit deliline vurgu yapmamızın sebebi, şahit delilinin HUMK'un kabul ettiği delil çeşitleri arasında tarafların; hâkimin kararı veya karşı tarafın katılımı olmaksızın

¹ KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder; **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 20. Bası, Ankara 2009, s. 73.

başvurulabildikleri tek takdiri delil olmasıdır. Ayrıca, uygulamada tarafların en sık başvurduğu takdiri delil, şahit delilidir. Bu bakımdan çalışmamızın önemli bir bölümü bu konu üzerinedir.

Tezin birinci bölümünde, ispata ilişkin müesseseler konumuza ışık tutabilecek ölçüde genel hatlarıyla ele alındıktan sonra, deliller konumuzla bağlantılı olarak kesin deliller ve takdiri deliller başlıkları altında incelenmeye çalışılmıştır.

İkinci bölümde, uygulamada tarafların en çok başvurdukları ve en önemli takdiri delil olan şahit delili, kavram olarak irdelendikten sonra şahitlik yapma zorunluluğu ve istisnaları incelenmiş, son olarak da şahit delilinin hâkim tarafından nasıl değerlendirileceği vurgulanmıştır.

Üçüncü ve çalışmamızın esasını oluşturan son bölümde ise, medeni usul hukukunda şahitle ispat edilebilen haller, hukuki işlemler ve hukuki fiiller için ayrı ayrı ele alınmıştır. Bu anlamda birinci bölümde, hukuki işlem ve hukuki işlem benzeri fiil kavramı incelendikten sonra, bu vakıaların tabi oldukları senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kuralları üzerinde durulmuş daha sonra bu kuralların istisnalarının irdelenmesi yoluyla hukuki işlemlerin şahitle ispat edilebildiği haller belirlenmiştir. İkinci bölümde ise, hukuki fiil kavramı, hukuki işlemlerle olan münasebetleri ve farklarıyla birlikte değerlendirildikten sonra uygulamada en çok karşılaşılan ve tartışmalara konu olmuş hukuki fiil örnekleri üzerinde durulmuştur.

1. İSPAT ve DELİL KAVRAMLARI

1.1. İSPAT

1.1.1. İspat Kavramı

Kelime anlamı ile ispat, delil göstererek bir şeyin gerçek yönünün ortaya çıkartılmasıdır².

Hukuk biliminde ise ispat, genel bir ifade ile hâkimi ikna etme (inandırma) faaliyetidir³. Doktrinde, hemen hemen ittifak ile benimsenen bu düşünce, yapılan tanımlara farklı şekilde yansımıştır. Kuru'nun yaptığı tanıma göre “ Dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadıkları hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemine ispat denir”⁴. Aynı temel üzerinde ancak daha geniş bir anlatımla, Atalay ise ispatı şu şekilde tanımlamıştır. “Bir yargılama sürecinde taraflarca iddia edilen veya hâkimce resen gözetilecek olan, talebin konusu ile ilgili olarak uygulanacak bir hukuk normunun koşul vakıalarını karşılamaya elverişli olan somut vakıaların iddia edildiği gibi olduğu konusunda hâkimde kanaat uyandırmak üzere yapılan inandırma (ikna) faaliyetine”⁵ ispat denir.

1.1.2. İspatın Konusu

İspatın konusu, tarafların iddia ve savunmalarının temeli olan vakılardır (olaylardır). Vakıa ise maddi hukuk uyarınca bir hakkın doğmasına veya son bulmasına neden olan fiil veya işlemlerdir. İspatın konusunu oluşturan bu vakıalar, maddi hukukta belirtilen soyut vakıaları doğrudan doğruya karşılayan vakıalar olabileceği gibi, bunların varlığına dolaylı bir

² www.tdk.gov.tr (07.05.2010)

³ POSTACIOĞLU, İlhan E.; **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. Bası, İstanbul 1975, s. 527; ÖNEN, Ergun; **Medeni Yargılama Hukuku**, Ankara 1979, s. 201; ALANGOYA, H. Yavuz / YILDIRIM, M. Kamil / YILDIRIM, Nevhis Deren; **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. Bası, İstanbul 2009, s. 293; ÜSTÜNDAĞ, Saim; **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Bası, C. I-II, İstanbul 2000, s. 613; KONURALP, Haluk; **Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı**, Tıpkıbasım, Ankara 2009, s. 1. İspat kavramı; “delil ikamesi” ve “ispat faaliyetinin sonucunu” anlatmak amacıyla da kullanılmaktadır. Bkz. ATALAY, Oğuz; **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, İzmir 2001, s. 5.

⁴ KURU, Baki; **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6. Bası, C. II, İstanbul 2001, s. 1966.

⁵ ATALAY (Menfi), s. 5.

şekilde işaret eden vakıalar da olabilir⁶. İşte taraflar, bu hususların varlığı veya yokluğu hakkında hâkimi ikna çabası içinde olurlar ve bunlar hakkında delil gösterirler⁷.

Ancak tarafların, her maddi vakıayı ispat etmelerine de gerek yoktur. İspatın konusunu oluşturmayan diğer bir ifade ile tarafların, hâkimi inandırma çabası içinde olmayacakları vakıalar da vardır.

Öncelikle davanın çözümünü etkilemeyecek vakıaların ispatına gerek yoktur⁸. Bu tür vakıaların ispatlanması veya ispatlanmaması uyuşmazlığın çözümünü etkilemeyeceğinden, tarafların bu vakıaları ispat etmeye çalışması anlamsız olacak, mahkemenin boşuna zaman ve emek harcamasına sebep olacaktır. Bu nedenle, hâkimin davanın başında esasa etkili maddi vakıaları ayırması, bunların dışında kalanları ise inceleme konusu yapmaması gerekir⁹.

Aynı şekilde, taraflarca hazırlanma ilkesinin uygulandığı davalarda, davanın çözümünü etkilemesine rağmen, taraflar arasında ihtilafli olmayan maddi vakıaların da ispatına gerek yoktur¹⁰. Çünkü gerek maddi vakıayı ileri süren, gerekse de bu iddianın muhatabı olan taraf, belirtilen maddi vakıanın varlığı noktasında görüş birliği içindedirler. Ancak belirttiğimiz üzere; bu durum sadece taraflarca hazırlanma ilkesinin uygulandığı davalar için geçerlidir. Buna karşılık, resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda, hâkim tarafların mutabık olduğu maddi vakıaları tekrar inceleyebilir, gerekirse bunlar hakkında delil toplanmasına karar verebilir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 238/2. maddesi uyarınca; maruf ve meşhur sayılan vakıalar da, taraflar arasında ihtilafli sayılmaz, dolayısıyla ispatın konusunu oluşturmazlar¹¹. Bu anlamda, maruf ve meşhur vakıa kavramından ne anlaşılması gerektiği önem taşır. Yargıtay' a göre maruf ve meşhur vakıalar “ kamuca az veya çok herkesin bildiği, en önemlisi gerekli olduğu takdirde bilinilebilmesinin kolayca gerçekleştirilebileceği ve

⁶ ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 306.

⁷ KURU / ARSLAN / YILMAZ; s. 376.

⁸ POSTACIOĞLU (Usul), s. 528.

⁹ BELGESAY, Mustafa Reşit; **Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller**, İstanbul 1940; KURU, C.II, s. 1968.

¹⁰ ÖNEN, s. 201.

¹¹ ÖNEN, s. 202; KURU, C. II, s. 1970.

mahkemelerinde bilgisi altında olan vakıalardır”¹². Örneğin, tarihi olaylar, takvim günü, mevsim koşulları, iki yer arasındaki mesafe, maruf ve meşhur vakıa sayılabilir.

Hâkimin bildiği vakıalar da ispatın konusunu oluşturmazlar. Hâkimin, mesleği gereği öğrendiği diğer bir ifade ile baktığı davalar nedeniyle bildiği ve hatırladığı olayların ispatına gerek yoktur. Ancak, hâkimin tesadüfen veya özel hayatında karşılaştığı vakıalar bu kapsamda değerlendirilmez ve taraflarca ispat edilmeleri gerekir¹³.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 76. maddesine göre; “ Hâkim, resen Türk kanunları uyarınca hüküm verir”. Madde metninden de anlaşılacağı üzere hâkim Türk kanunlarını resen uygular. Bu sebeple tarafların, uyuşmazlığa uygulanacak kanun hükümlerini ispat etmeleri gerekmez¹⁴. Diğer bir ifade ile kanun hükümleri, ispatın konusunu oluşturmazlar.

Örf ve adet kurallarının ispatın konusunu oluşturup oluşturmayacağı ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, iddiasını veya savunmasını örf ve adet hukukuna dayandıran taraf, örf ve adet hukukunu ispat ile mükelleftir. Çünkü hâkimin, yazılı olmayan ve yöreden yöreye hatta türlü sanat ve meslek guruplarına göre değişen örf ve adet hukuklarını bilmesi ve bunları araştırması beklenemez¹⁵. Karşı görüşe göre ise örf ve adet kuralları da bir hukuk kuralı olduğu için HUMK’un 76. maddesinin açık hükmü uyarınca, hâkim tarafından resen uygulanır. Bu sebeple, tarafların bu kuralları, ispat etmesine gerek yoktur¹⁶.

¹² HGK 10.11.1999, 13/353-929; İKİD 2000/471 s.14479-14754, (KURU, C. II, s. 1970). Maruf ve Meşhur vakıa kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BELGESAY (Deliller), s. 52.

¹³ PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet; **Medeni Usul Hukuku**, 7. Bası, Ankara 2008, s. 390; KURU, C. II, s. 1971. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ATALI, Murat; **Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında Dava Dışında Edindiği (Şahsi) Bilgisini Kullanması**, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, s. 138 vd.

¹⁴ ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 308; ÖNEN, s. 308. Hâkim, MÖHÜK’ un 2. maddesi uyarınca uyuşmazlığa uygulanması gereken yabancı hukuk kurallarını da resen uygulayacaktır.

¹⁵ Bu görüşü savunan Umar ve Yılmaz’ a göre “ Örf ve Adet o kadar çoktur ve çeşitlidir ki yargıcın bunları göz önüne alabilmesi olanaksızdır. Bu nedenle, örf ve adetin varlığını iddia eden ve bundan kendi yararına sonuçlar çıkaran kimse bu konuda ispat yükünü taşımalıdır”. UMAR, Bilge / YILMAZ, Ejder; **İsbat Yükü**, İstanbul 1980, s. 22 vd.; Aynı yönde, KURU, C. II, s. 1967; BİLGE, Necip / ÖNEN, Ergun; **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, Ankara 1978.

¹⁶ BELGESAY,(Deliller), s. 34; ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 309.

1.1.2. İspat Yüğü

Hâkim, huzuruna gelen her dava hakkında bir karar vermek zorundadır. Bu yükümlülüğünü yerine getirirken taraflarca getirilen vakıaların var olup olmadığı hakkında kanaat sahibi olmalıdır. Hâkimi bu kanaate ulaştırma sorumluluğu da kural olarak tarafların üzerindedir. İşte ispat yükü, bu sorumluluğun, hangi tarafa düştüğünü belirler. Bu anlamda ispat yükü bir vakıanın var olup olmadığının anlaşılabilmesi için bir ifade ile ispat edilmemesi yüzünden hâkimin aleyhte bir kararıyla karşılaşma tehlikesi olarak tanımlanabilir¹⁷.

İspat yükü, ancak bir vakıanın, var olup olmadığı noktasında bir belirsizliğin söz konusu olduğu durumlarda önem taşır¹⁸. Hâkim, tarafların sunduğu deliller ile bir vakıanın varlığı noktasında bir kanaate sahip olmuşsa, ispat yükünün kime ait olduğunu, belirleme zorunluluğu yoktur¹⁹. Ancak, taraflarca sunulan delillerle, çekişmeli vakıaların mevcudiyeti hakkında bir tespit yapılamamışsa, hâkim aleyhine karar vereceği kişiyi bulmak için ispat yükü düşen tarafı bulmak zorundadır²⁰. Bu belirlemeye göre bulanacak taraf, vakıanın ispatını sağlayamazsa, aleyhine hüküm kurulma tehlikesi ile karşılaşacaktır.

Hâkim, ispat yükünün kime düştüğünü belirlerken ispat yükü kurallarından faydalanır²¹. Bu kurallar “olayların ispatsız kalması nedeniyle yargıcın aleyhte bir kararıyla karşılaşma tehlikesinin, hangi olay bakımından kimin üzerinde bulunduğu belirlenmesi” için gereken kurallar olarak tanımlanmıştır²².

İspat yükü kurallarının hukuki niteliği ise tartışmalıdır. İspat yükü kurallarının hukuki niteliğinin belirlenmesi, devletler özel hukuku açısından ispat yüküne ilişkin kurallara hangi bağlama kuralının uygulanacağı, kuralların geçmişe yürüyüp yürümeyeceği ve son olarak da

¹⁷ UMAR / YILMAZ, s. 3.

¹⁸ UMAR / YILMAZ, s. 4.

¹⁹ ATALAY (Menfi), s. 10 vd.; KURU, C. II, s. 1972.

²⁰ KURU, C.II, s. 1973. İleride ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, ispat yükü kendisine düşen taraf iddia ettiği vakıayı ispatlayamazsa son çare olarak karşı tarafa yemin teklif ederek, lehine bir hüküm sağlayabilir. Bkz. s. 19 vd.

²¹ Doktrinde, bazı yazarlar, “ispat yükü kuralları” yerine, “ispat yükünün paylaşılması kuralları” kavramını tercih etmişlerdir. Bkz. UMAR / YILMAZ, s. 5.

²² UMAR / YILMAZ, s. 5.

İspat yükü anlaşmalarının yapılıp yapılamayacağını tespiti açısından önem arz eder²³. Katıldığımız baskın görüşe göre, ispat yükü kuralları maddi hukuka ilişkin kurallardır²⁴. Bu kabulün sonucu olarak devletler özel hukukunda, ispat yükü “lex fori” ye (yargılamayı yapan devletin-hakimin hukukuna) göre değil lex cause’ ye (uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka) tabi olacaktır ve lex cause uyarınca ispat yükü kendisine düşen taraf bulunacaktır. Diğer taraftan, ispat yükü kurallarının, maddi hukuka ilişkin olduğunun kabulü, irade serbestisini de beraberinde getirdiğinden, tarafların ispat yükünün kime ait olacağı hususunda sözleşme yapabileceklerinin kabulü gerekir²⁵.

İspat yükünün belirlenmesine ilişkin genel kural MK’ nun 6. maddesinde düzenlenmiştir²⁶. Bu madde uyarınca “ Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür”²⁷. Bir başka ifadeyle, bir vakıadan kendi lehine sonuçlar çıkaran taraf, bu vakıayı ispat etmek durumundadır. Bu sebeple, ispat yükü her zaman davacı da olmayabilir. Ekseri menfi tespit davalarında olduğu gibi ispat yükü davalının üzerinde de olabilir²⁸.

Hemen belirtmekte fayda var ki, genel kural mutlak olmayıp istisnaları mevcuttur. İlk olarak, kanunlar ispat yükünün kime düştüğünü belirlemişlerse artık genel kural uygulanmaz

²³ ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 310; UMAR / YILMAZ, s. 11 vd.

²⁴ ATALAY (Menfi), s. 14; UMAR / YILMAZ, s. 9 vd. Diğer görüşler ve ayrıntılı tartışmalar için bkz. UMAR / YILMAZ, s. 7 vd.

²⁵ Aksi yönde, ispat yükü kurallarının, usul hukukuna ilişkin olduğu kabul edilirse, tarafların, ispat yüküne ilişkin sözleşme yapamayacakları savunulmuştur. Bu görüşe göre usul sözleşmeleri ancak kanunda belirtilenlerdir. Bu hususta, sınırlı sayı ilkesi geçerlidir ve belirtilenlerin dışında taraflara irade serbesti tanınmamıştır. Kanun, ispat yüküne ilişkin bir düzenleme de öngörmediği için ispat yüküne ilişkin bir sözleşme yapılamaz (Umar/Yılmaz, s.13). Karşı görüş ve bu konudaki ayrıntılı tartışmalar için bkz. TAŞPINAR, Sema; **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001**, s. 74 vd.; ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 310.

²⁶ İspat yükünün belirlenmesine ilişkin temel kural olan bu madde, Türk Medeni Kanunu’ nunda düzenlenmesine rağmen aslında bir usul hukuku kuralıdır.

²⁷ İspat yükünü düzenleyen Eski Medeni Kanun’un 6. maddesi şu şekildeydi; “Kanun hilafını emretmedikçe iki taraftan her biri müddeahasını ispata mecburdur.” Bu düzenleme, ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü tam olarak açıklayamadığı gerekçesiyle eleştirilmekteydi. Bkz. UYAR, Talih; **Yargıtay Kararlarında İspat Yükü (MK m.6)**, Av. Dr. Faruk Erem’e Armağan, TBB Yayını 1999, s. 834; POSTACIOĞLU (Usul), s. 536; KURU, C. II, s. 1975. Yapılan değişiklikle, doktrindeki eleştiriler kısmen de olsa bertaraf edilmiş gözükmektedir.

²⁸ KONURALP, Haluk; **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Tıpkıbasım, Ankara 2009, s. 81; KURU, C. II, s. 1975; ÖNEN, s. 202.

(MK m. 6). Bu durumda ispat yükü, kanunun gösterdiği tarafa aittir²⁹. Örneğin BK' nun 96. maddesi uyarınca sözleşmeyi yerine getirmeyen borçlunun, bundan kaynaklanan zararı ödememesi için, kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmesi gerekir. İkinci istisna ise normal durumun aksinin ispatı halinde söz konusu olur³⁰. Normal durumun aksini iddia eden taraf, bunu ispatla yükümlüdür. Bir durumun normal olup olmadığının tespiti ise genel hayat tecrübelerine göre belirlenecektir³¹. Örneğin normal durum, tarafların bir hukuki ilişkiyi yaparken fiil ehliyetine sahip olmalarıdır. Bu sebeple, fiil ehliyetinin olmadığını iddia eden taraf, ehliyetsizliği ispat etmelidir³². Diğer bir istisna ise bir karinenin³³ varlığı halinde söz konusu olur³⁴. Karine, aksinin ispat edilip edilememesine göre kesin ve adi karine olmak üzere ikiye ayrılır. Kesin karinelerin aksinin ispatı mümkün değildir. Bu sebeple, açıklamalarımız adi karineye ilişkindir. İddiasını adi karineye dayandıran taraf, iddiasını ispat ile yükümlü olmayıp, bu karinenin aksini iddia eden tarafın, iddiasını ispat etmesi gerekir³⁵. Örneğin, resmi sicil ve belgeyi ibraz eden taraf, bunun içeriğini ispat ile yükümlü olmayıp, bu belgelerin aksini iddia eden taraf, iddiasını ispat ile yükümlüdür. Son olarak da, taraflar

²⁹ Bu konuda sayılabilecek diğer örnekler şunlardır; haksız fiilde, zararın ispatı davacı üzerindedir. (BK. m.42), İstihdam edenin, B.K m. 55' de belirtilen sorumluluktan kurtulabilmesi için hal ve şatların gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiğini yahut bu dikkat ve özeni gösterse dahi zararın meydana geleceğini ispat etmesi gerekir (BK. m.45).

³⁰ UYAR, s. 835; ÖNEN, s. 204. Normal durum yahut hayatın olağan akışı kavramı, doktrinde fiili karine olarak da isimlendirilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve fiili karinenin söz konusu olduğu durumlarda ispat yükünün kime düştüğü için bkz. TAŞPINAR, Sema; **Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü**, AÜHFD, C. 45, S. 1, 1996.

³¹ POSTACIOĞLU (Usul), s. 537; BİLGE / ÖNEN, s. 503.

³² BİLGE / ÖNEN, s. 503. “ Davalı Y”nin vekâletnamenin sahte olduğunu bildiğine ve kötü niyetli olduğuna dair bir iddia olmadığı gibi herhangi bir kanıt da yoktur. Noterden tasdikli vekâletnamenin sahte olacağını düşünerek davalı Y'nin bunu araştırması gerektiği görüşü de isabetsizdir. Bu düşünce hayatın olağan akışına aykırı düşer. Asıl olan iyi niyettir. Kötü niyetin ispatı davacıya düşer” (13.HD. 26.10.1978, 3252/4448). Yargıtay, bu kararında normal durum ifadesi yerine hayatın olağan akışı kavramını kullanmaktadır ki bu durum doktrinde ve uygulamada sıkça kullanılan bir ifadedir. (KURU, C. II, s. 1989).

³³ “Karine, varlığı bilinen bir olaydan varlığı bilinmeyen bir olay için sonuçlar çıkarmaktır. Yasal (kanuni) ve fiili olmak üzere iki tür karine vardır” ÖNEN, s. 204.

³⁴ Bu durumda söz konusu olan yasal (kanuni) karinelerdir. Doktrinde yasal karineler; “ispat konusu olan somut vakıa dışında varlığı anlaşılabilen başka bir vakıadan hareketle, uygulanacak normun koşul vakiasını karşılayabilecek, ispat konusu somut vakıanın varlığı ya da yokluğu veya bir hakkın ya da hukuki ilişkinin varlığı sonucunun kabul edilmesine imkân veren ve böylece ispat konusu somut vakıa hakkındaki belirsizlik halinin başka bir vakıa dolayısıyla bertaraf edilmesi sonucunu doğuran olumlu ispat yükü kuralları” şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. ATALAY (Menfi), s. 46.

³⁵ BELGESAY (Deliller), s. 50. Ancak, bir tarafın, kanuni karineye dayanabilmesi için karine temelini teşkil eden vakıayı ispatlaması gerekir. Bkz. PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 403.

arasında ispat yükü sözleşmesi yapılmışsa, ispat yükü, genel kurala göre değil, tarafların üzerinde anlaştıkları sözleşme maddelerine göre belirlenir³⁶.

1.1.4. İspat Türleri

1.1.4.1. Asıl İspat – Karşı İspat – Aksini İspat

Asıl ispat, karşı ispat ve aksini ispat ayrımı, ispatın amacıyla ilgili yapılan bir sınıflandırmadır³⁷.

Doktrinde asıl ispat; “Hukuk normunun soyut vakıalarını karşılayan vakıaların, iddiasının doğru olduğunu iddia eden ve ispat külfeti taşıyan tarafça yapılan ispat” olarak tanımlanmıştır³⁸.

Karşı ispat ise asıl ispat faaliyeti ile hâkimde oluşan, kanaati sarsmak, çürütmek veya henüz oluşmamışsa, oluşmasını engellemek üzere karşı tarafça yapılan ispattır³⁹. Karşı ispat, doğrudan karşı ispat ve dolaylı karşı ispat olmak üzere ikiye ayrılır. Birincisinde, asıl ispatın konusunu oluşturan vakıaların çürütülmesine yönelik diğer bir ifade ile bu vakıaların olmadığına ilişkin bir ispat söz konusu iken, ikincisinde ise asıl ispatın konusuna ilişkin vakıaların olmadığı ispatı değil, bu vakıaların ispat sonucunu sarsmaya uygun yeni iddiaların ispat edilmesi söz konusudur⁴⁰.

Aksini ispat ise karinelerle varlığı kabul edilen vakıaların mevcut olmadığının ispatıdır. Bu ispat türünde, özel bir ispat yükü kuralı sebebiyle ortaya çıkan, bağımsız bir ispat faaliyeti söz konusudur⁴¹.

³⁶ KURU, C. II, s. 2017; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 403. Belirtmekte fayda var ki, ispat yükü sözleşmeleri, ancak tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri davalar bakımından mümkündür. Bkz. ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 316.

³⁷ ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 294.

³⁸ ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 294.

³⁹ ATALAY (Menfi), s. 6; ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 294.

⁴⁰ ATALAY (Menfi), s. 6.

⁴¹ ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 294; ATALAY (Menfi), s. 7.

1.1.4.2. Doğrudan İspat – Dolaylı İspat

Asıl ispat, karşı ispat ve aksini ispat ayrımı, ispatın amacıyla ilgili iken, doğrudan ve dolaylı ispat ayrımı, ispatın içeriğinden kaynaklanır⁴².

Doğrudan ispat, kanunda düzenlenen maddi vakıaların varlığı veya yokluğunu doğrudan gösteren delillerle yapılan, ispat faaliyeti olarak tanımlanmıştır⁴³. Bu ispat türünde, tarafın iddia ettiği vakıanın varlığına doğrudan işaret eden deliller söz konusudur. Örneğin, sözleşmeden kaynaklanan alacağın tahsili için açılan bir davada, borcun varlığını ispat etmek için sözleşme aslının mahkemeye sunulması doğrudan ispattır⁴⁴.

Dolaylı ispat ise vakıaları doğrudan gösteren ve kendisinden vakıanın mevcudiyeti hakkında doğrudan bilgi edinebilecek delillerle değil, emare teşkil eden diğer komşu vakıalar ile iddiayı ispat etme faaliyetidir⁴⁵. Örneğin, araç fren izinin ispatıyla, aracın ne kadar hızla gittiğinin belirlenmesi, dolaylı ispattır⁴⁶.

Özet olarak, ispatın içeriğini teknik anlamda deliller oluşturuyorsa doğrudan ispat, emareler oluşturuyorsa dolaylı ispat söz konusu olur.

1.1.5. İspat Ölçüsü

İspat ölçüsü “iddia edilen bir vakıanın, hâkim tarafından ne zaman ispatlanmış kabul edilip bu vakıaya dayanılarak karar verilebileceğini, yani hâkimin dayanılan vakıayı ispatlanmış kabul edebilmesi için gereken kanaatin derecesini” ifade etmek için kullanılan bir kavramdır⁴⁷. Bu derecenin katılığına göre ispat ölçüsü tam ve yaklaşık ispat olarak ikiye

⁴² ATALAY (Menfi), s. 7.

⁴³ ATALAY, Oğuz; **Delil Kavramı Üzerine**, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara 2009, s. 130; YILDIRIM Kamil; **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul 1990, s. 120.

⁴⁴ ATALAY (Menfi), s.7.

⁴⁵ ATALAY (Menfi), s. 7. Dolaylı ispat, doktrinde emare yahut belirti ispatı olarak da adlandırılmaktadır. Emare (Belirti) kavramı hakkında ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. KONURALP (İspat Kuralları), s. 19 vd. İlk görünüş ispatının, emare ispatı ile ilişkisi için bkz. PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 417.

⁴⁶ KONURALP (İspat Kuralları), s. 19.

⁴⁷ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 408.

ayrılır. Asıl olan tam ispattır. Kanunun özel olarak düzenlediği hallerde ise yaklaşık ispat aranır⁴⁸.

1.1.5.1. Tam İspat

Hâkimin, iddia edilen vakıanın varlığına tam olarak inanması, bu konuda makul bir tereddüt yahut şüphesinin bulunmaması halinde tam ispat söz konusu olur⁴⁹. Ancak hemen belirtmekte fayda var ki tam ispatın, her olay bakımından, matematiksel kesinlik derecesinde gerçekleşmesi beklenemez ve beklenmemelidir. Buradaki kesinlik (gerçeklik), normal hayatta kabul edilebilir bir kesinliği (gerçekliği) ifade eder⁵⁰.

Senetle ispat kurallarının (kesin delillerle ispat zorunluluğunun) uygulandığı hallerde, bu kesinliğin belirlenmesi daha kolaydır. Kanunda sayılan delillerin mevcut olması halinde, hâkimin, o vakıanın gerçekleştiğini kabul etmesi gerekecek, diğer bir ifade ile hâkimin o vakıa bakımından tam bir kanaate sahip olduğu kabul edilecektir. Kesin delillerle ispatın zorunlu olmadığı davalarda ise bu kesinlik, hâkimin vicdani kanaatine göre belirlenir. Ancak, bu durum, hâkimin keyfi kararlar almasına sebep olmamalıdır. Hâkim, mevcut delillerin hepsini toplamalı, bu delilleri, objektif bir şekilde değerlendirmeli ve kararını pratik hayat standartlarına göre kabul edilebilir, makul gerekçelere dayandırmalıdır⁵¹.

1.1.5.2. Yaklaşık İspat

Yaklaşık ispatta, hâkim bir vakıanın gerçekleştiği hususunda tam olarak bir kanaate sahip olmasa dahi, bu vakıanın varlığını muhtemel görmesi gerekir. Ancak, bu vakıanın gerçekleşmeme ihtimali de mevcuttur. Hâkim, vakıanın gerçekleşme ihtimalinin, gerçekleşmemesine oranla daha fazla olduğuna kanaat getirirse, o vakıayı ispatlanmış kabul edebilir⁵².

⁴⁸ ATALAY (Menfi), s. 43.

⁴⁹ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 411.

⁵⁰ YILDIRIM (Delillerin Değerlendirilmesi), s. 40.

⁵¹ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 411. Mukayeseli hukuk açısından, tam ispatta gerekli olan kesinlik (gerçeklik) hakkında ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. YILDIRIM (Delillerin Değerlendirilmesi), s. 39 vd.

⁵² PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 412.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, Türk hukukunda asıl olan tam ispattır. Yaklaşık ispat ise kanunun belirlediği istisna hallerde söz konusu olur. Bu haller, genellikle hâkimin acele karar vermesi gereken haller ile delil ikamesinin güç olduğu durumlardır⁵³. Örneğin HUMK' un 101. maddesinde düzenlenen ihtiyati tedbir ile İİK. 258. maddesinde düzenlenen ihtiyati haciz taleplerinde hâkimin araması gereken ispat ölçüsü yaklaşık ispattır⁵⁴.

1.2. DELİL

1.2.1. Genel Olarak

Delil, bir vakıanın (varlığının veya yokluğunun) ispatı için başvuru vasıtaları olarak tanımlanmıştır⁵⁵. HUMK ise 238. maddesi delil kavramını zımni olarak şu şekilde açıklamıştır; “Delil, davanın halline tesir edebilecek münazaalı hususları ispat için ikame olunur”⁵⁶.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ikinci babının 8. faslında deliller düzenlenmiştir. Buna göre, Kanunda belirtilen deliller, şahadet (şahit), bilirkişi (ehlivukuf), keşif, kesin hüküm, senet, yemin, ikrar ve özel hüküm sebepleridir (hususî esbabı hüküm). Ancak medeni usul hukukunda bir davada kullanılacak deliller, kanunda düzenlenmiş delillerle sınırlı olmayıp, ispat vasıtası olabilecek her şey delil olarak kabul edilmiştir⁵⁷.

Deliller, kendi içinde kesin deliller ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılır. Eğer hâkim, sunulan delille, o delilin ilişkin bulunduğu vakıayı, ispat edilmiş kabul etmek zorunda ise kesin delil, böyle bir zorunluluk olmadan, sunulan delili serbestçe değerlendirebiliyorsa takdiri delil söz konusudur. Diğer bir ifade ile kesin delillerde, hâkimin takdir hakkı yokken, takdiri delillerde hâkimin delilleri takdir etme yetkisi vardır⁵⁸. Ancak, bu ayırım ve buna bağlanan sonuçlar, resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda uygulanmaz. Kural

⁵³ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 412.

⁵⁴ ATALAY (Menfi), s. 43.

⁵⁵ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 376; ÖNEN, s. 207; POSTACIOĞLU (Usul), s. 528. Delil kelimesinin, medeni usul hukukundaki farklı anlamları ve bu konudaki görüşler için bkz. KONURALP (İspat Kuralları), s. 8.

⁵⁶ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 376.

⁵⁷ YILDIRIM, Kamil; **Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi**, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2002, s. 119; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 427.

⁵⁸ ÖNEN, s. 207; ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 317.

olarak, bu tür davalarda, hâkim kesin delillerle bağı olmayıp, bütün delilleri serbestçe takdir eder⁵⁹.

Türk hukukuna göre senet, ikrar, kesin hüküm ve yemin, kesin delil sayılırken; şahit, bilirkişi, keşif ve özel hüküm sebepleri ise takdiri delillerdir. Deliller arasında yapılan bu ayrımın, konumuz açısından önemi büyüktür. Doktrinde, senetle ispat kuralları olarak adlandırılan HUMK' un 288. ve 290. maddeleri uyarınca, ispata konu hukuki işlemler, sadece senetle değil, diğer kesin delillerle de ispatlanabilir. Bunun yanında çalışmamızın konusunu oluşturan şahitle ispat edilebilecek hallerde ise hâkim, sadece şahit beyanına göre değil diğer bütün delillere de başvurarak bir kanaate ulaşmaya çalışır.

1.2.2. Delil Türleri

1.2.2.1. Kesin Deliller

Kesin deliller, şartları, hükümleri ve sonuçları kanun tarafından belirlenen ve kanunun aradığı şartların mevcut olması halinde hâkimin, bağı olduğu ve takdir yetkisine sahip olmadığı deliller olarak tanımlanmıştır⁶⁰.

Hukukumuzda, senetle ispat kuralının, uygulanmasının gerekli olduğu hallerde, (belirli miktarı aşan hukuki işlemler ve bunlara karşı defî olarak ileri sürülen hukuki işlemler) hâkim, ancak kanunun öngördüğü kesin delilleri inceleyerek o vakıanın ispat edilip edilmediğine karar verir. Bu sebeple, taraflarca, bir vakıanın ispatı için kesin delil gösterilmişse, hâkim o vakıanın gerçekleştiğini kabul etmek zorundadır⁶¹.

Yukarıda belirttiğimiz üzere hâkimin kesin delillerle bağılılığı, taraflarca hazırlanma ilkesinin geçerli olduğu davalar için söz konusudur. Resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda hâkim, kesin delillerle bağı olmayıp, bütün delilleri serbestçe takdir eder⁶².

Kesin deliller; ikrar, senet, yemin ve kesin hükümdür.

⁵⁹ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 430.

⁶⁰ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 429.

⁶¹ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 429.

⁶² PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 430.

1.2.2.1.1. İkrar

Dar ve teknik anlamı ile ikrar, bir tarafın, karşı tarafça ileri sürülen ve aleyhine olan bir vakıayı yargılamanın görüldüğü mahkeme önünde kabul etmesidir⁶³. Bu anlamda tarafın kendi ileri sürdüğü vakıaların doğru olduğunu beyan etmesi ikrar sayılmayacağı gibi karşı tarafın herhangi bir beyanının kabulü de ikrarı oluşturmaz. İkrarın oluşabilmesi için kabul edilen vakıanın karşı tarafça ileri sürülmesi ve ikrar edenin aleyhine olması gerekir⁶⁴.

İkrar, ancak vakıalar için yapılabilir. Hukuki sebepler ve netice-i talep, ikrarın konusunu oluşturmaz. Netice-i talebin kabul edilmesi, usul hukukundaki teknik anlamıyla kabulü doğurur⁶⁵.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 236. ve devamı maddelerinde deliller arasında düzenlenen ikrar, doktrinde; tartışmalı olmakla beraber, kesin bir delil olarak kabul edilmektedir⁶⁶. Bu sebeple hâkim, ikrar edilen vakıaları, ispat edilmiş kabul etmek zorundadır. Ancak bu husus, taraflarca hazırlanma ilkesinin geçerli olduğu davalar için geçerli olup, resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda, hâkim tarafların ikrarları ile bağlı değildir⁶⁷.

⁶³ UMAR / YILMAZ, s. 191; POSTACIOĞLU (Usul), s. 554; BELGESAY (Deliler), s. 128; TERCAN, Erdal; **Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması)**, Ankara 2001, s. 101, dpn. 119; TANRIVER, Süha; **Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu**, TBBD, 1993/2, s. 213. Doktrindeki çeşitli ikrar tanımları için bkz. KİRAZ, Taylan Özgür; **Medeni Yargılama Hukukunda İkrar**, Ankara 2005, s. 38-40.

⁶⁴ TERCAN, s. 102; KİRAZ, s. 44; TANRIVER (İkrar), s. 213.

⁶⁵ KİRAZ, s. 45, s. 86; TANRIVER (İkrar), s. 214; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 389; BİLGE / ÖNEN, s. 511.

⁶⁶ ÜSTÜNDAĞ, s. 628; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 389. Bir başka görüşe göre ise; ikrar, delil değil bir usul işlemidir (UMAR / YILMAZ, s. 198-199; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 383-384; KİRAZ, s. 59; TANRIVER (İkrar), s. 213). Adı geçen yazarlara göre; “ ikrar, bir vakıa hakkında ispat gerekliliğini kaldıran tek taraflı bir usuli işlemdir. İkrarın kabulü için mahkemenin ve karşı tarafın kabulüne ihtiyaç duyulmaz. İkrarın sadece taraflarca hazırlanma ilkesinin geçerli olduğu davalarda geçerli olup, resen araştırma ilkesine tabi olan davalarda hâkimi bağlamaması da ikrarın delil olmadığının göstergesidir. Zira eğer ikrar delil olsaydı, her halükarda hâkimi bağlardı.”

⁶⁷ TERCAN, s. 103; TANRIVER (İkrar), s. 214; BİLGE / ÖNEN, s. 511.

İkrar, yapıldığı yere göre mahkeme içi ve mahkeme dışı ikrar olmak üzere ikiye ayrılır⁶⁸. Mahkeme dışı ikrar kesin delil değildir, şartları varsa takdiri delil olarak kabul edilebilir. Bu bölümde inceleyeceğimiz ve kesin delil sayılan ikrar ise mahkeme içi ikrardır⁶⁹.

İkrar, duruşmada sözlü olarak yapılabileceği gibi, mahkemeye verilen dilekçelerle de bir vakıa ikrar edilebilir. Kural olarak ikrardan dönülemez. İkrarda bulunan taraf ancak ikrarın maddi bir hatadan kaynaklandığını ispat ederek ikrarından dönebilir (HUMK m.236) .

İkrarın, basit ikrar, vasıflı (mevsuf, nitelikli, gerekçeli) ikrar ve bileşik ikrar olmak üzere üç türü vardır⁷⁰. Basit ikrar, karşı tarafça ileri sürülen vakıanın, herhangi bir değişiklik yapılmaksızın, kayıtsız ve şartsız doğru olduğunun kabul edilmesidir⁷¹.

Vasıflı ikrar, mevsuf yahut gerekçeli ikrar olarak da isimlendirilir. Bu ikrar türünde, karşı tarafın ileri sürdüğü aleyhe vakıa kabul edilmekle beraber, bu vakıanın hukuki niteliğinin (sebeplerinin) farklı olduğunun beyan edilmesi söz konusudur⁷².

Bileşik ikrar da ise, karşı tarafın ileri sürdüğü vakıa kabul edilmekle beraber, bu vakıa ile elde edilmek istenen hukuki sonucu etkisiz hale getiren, hükümden düşüren ya da kullanılmasını engelleyen bir vakıa ileri sürülmesi söz konusudur⁷³.

1.2.2.1.2. Senet

Genel anlamıyla senet, düşünce ve fikirlerin yazılarak yahut belirli işaretlerle maddileştirilmesidir⁷⁴. Hukuki anlamda senet ise, ileride bir vakıanın delili olması kastıyla yazılan yahut yazdırılan ve imza altına alınan belge olarak tanımlanmıştır⁷⁵. Bir başka tanıma göre ise senet bir kişinin meydana getirdiği veya getirttiği ve aleyhine delil teşkil eden yazılı

⁶⁸ KİRAZ, s. 105; BİLGE / ÖNEN, s. 512; TANRIVER (İkrar), s. 218-219.

⁶⁹ BİLGE / ÖNEN, s. 511-512; TANRIVER (İkrar), s. 219-220.

⁷⁰ KURU, C. II, s. 2051. İkrar türlerinin ve ikrarın bölünüp bölünmeyeceğinin incelenmesi çalışmamızın sınırlarını aştığı için, bu bölümde sadece ikrar türleri hakkında kısa bilgi vermekle yetiniyoruz.

⁷¹ TANRIVER (İkrar), s. 221; KURU, C. II, s. 2051.

⁷² BİLGE / ÖNEN, s. 514; TANRIVER (İkrar), s. 222.

⁷³ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 386; TANRIVER (İkrar), s. 222.

⁷⁴ BERKİN, Necmeddin M; **Usul Hukukunda Senetler ve Senetlerin İspat Kuvveti**, İstanbul 1948, s. 9 vd.

⁷⁵ Senedin çeşitli anlam ve tanımları için bkz. BERKİN (Senet), s. 9 vd; ÖNEN, s. 240.

belgedir⁷⁶. Görüleceği üzere, ikinci tanımda delil meydana getirme kastı mevcut değildir. Bizim de katıldığımız bu düşünceye göre, bir belgenin delil oluşturma kastı olmaksızın düzenlenmesi durumunda dahi senet için gerekli diğer unsurların varlığı halinde, bu belgenin senet olarak kabul edilmesi gerekir. Örneğin, gerekli unsurları taşımak koşuluyla, karşı tarafa yazılmış mektup da senet sayılır⁷⁷.

Kural olarak bir kimse kendi lehine delil teşkil edecek bir senet düzenleyemez. (düzenlese dahi bunun ispat gücü bulunmaz). Bunun en önemli istisnası ise gerekli koşulların varlığı halinde ticari defterlerin, bu defterleri düzenleyen lehine delil teşkil etmesidir⁷⁸.

Bir belgenin senet olabilmesi için kâğıt üzerine yazılması zorunlu değildir. Senet metni, kumaş, metal, tahta vb. bir cismin üzerine herhangi bir dilde yazılabilir. Bu yazı, el ürünü olabileceği gibi bilgisayar, daktilo vb. bir makine ile dahi oluşturulabilir⁷⁹.

Bir belgenin senet olarak kabul edilmesi için dört koşulun bir arada bulunması gerekir. Buna göre senet; dış dünyada algılanabilecek bir cismin üzerinde görülebilir şekilde bulunmalı, yazılı olmalı, bir irade beyanını ihtiva etmeli ve aleyhine kullanılacak kişinin el ile atılmış imzasını taşımalıdır⁸⁰.

Senetler, düzenleniş şekillerine ve ispat güçlerine göre adi senetler ve resmi senetler olmak üzere ikiye ayrılırlar.

Resmi bir makam veya memur katılmaksızın düzenlenen senetlere adi senet denir. Adi senet, sahte olmaması şartıyla kesin bir delildir. Bu manada senet altındaki imza, aleyhine kullanılacak kişi tarafından ikrar edilirse adi senet kesin delil teşkil eder. HUMK m.296/II uyarınca mahkeme huzurunda ikrar olunan adi senetler resmi senet hükmündedir. Ancak senet üzerindeki imza, ikrar değil de inkâr edilirse, mahkeme imza incelemesi yaptırır. Bu durumda,

⁷⁶ KURU, C. II, s. 2073.

⁷⁷ TİFTİK, Mustafa; **Yazılı Delil Başlangıcı**, AD, Y.75 Mart-Nisan, S. 2, 1984, s. 243; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 433; KURU, C. II, s. 2074; ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 325.

⁷⁸ KURU, C. II, s. 2074.

⁷⁹ ÜSTÜNDAĞ, s. 637.

⁸⁰ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 435. El ile imza atma zorunluluğunun tek istisnası elektronik ortamda atılan imzadır (HUMK m. 295/A).

adi senet üzerindeki imzanın, aleyhine kullanılacak kişi tarafından atıldığı tespit edilinceye kadar, bu belge delil olarak kullanılamaz⁸¹.

Resmi senetler ise resmi bir makamın veya memurun iştiraki ile düzenlenen senetlerdir. Uygulamada en sık karşılaşılan resmi senetler, noterler tarafından düzenlenen resmi senetlerdir. Noterler tarafından düzenlenen resmi senetler düzenleme ve onaylama noter senetleri olmak üzere ikiye ayrılırlar. Eğer senet bizzat noter tarafından bir tutanak ile hazırlanmışsa düzenleme noter senetleri, eğer senet taraflarca düzenlenip, sadece imzanın onaylanması için notere ibraz edilmişse onaylama noter senetleri söz konusu olur⁸².

Senede resmîyet verebilen tek müessese noterler değildir. HUMK 'un 296. maddesi uyarınca yabancı ülkedeki Türk konsoloslukları, tapu ve icra memurları da senede resmîyet verebilir⁸³. Bunların dışında HUMK'un 297. maddenin ikinci fıkrası uyarınca imza atamayan veya okuma yazması olmayan kişilerin el ile yapılmış bir işaret (genellikle parmak izi) veya mühürle meydana getirdiği senetler bakımından, ihtiyar heyeti, iki şahitle birlikte senede resmîyet verebilir⁸⁴. Bu senetler, ihtiyar heyeti tarafından onaylandıkları için resmi sayılırlar. Ancak buradaki resmîlik, geçerlilik şartı olan resmîlik değil ispat açısından resmîliktir⁸⁵. İhtiyar heyeti tarafından resmîyet verilen senetlerin, kanunda belirtilen usule uygun olarak tasdik edilmeleri gerekir. Aksi takdirde, Yargıtay kararlarında belirtildiği gibi bu belgeler, kesin delillerle ispat edilmesi gereken hukuki işlemlerde delil olarak hükme esas

⁸¹ ÖNEN, s. 246; KURU, C. II, s. 2085. Hâkimin, senet hakkındaki sahtelik iddiasını nasıl inceleyeceği HUMK'un 308. ve 309. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, hâkim iki tarafın beyanları ve delilleri değerlendirdikten sonra yeterli bir kanaate sahip olursa senedi delil olarak kabul edebilir. Eğer yeterli bir kanaate sahip olmazsa tarafları isticvap eder gerekirse senet aleyhine kullanılmak istenen tarafa imza attırır yazı yazdırır, bu suretle bir kanaate sahip olursa senedi kabul veya reddedebilir. Yine de bir kanaate sahip olmazsa, imzanın incelenmesi için dosyayı bilirkişiye gönderebilir. Bu durumda, bilirkişi, öncelikli olarak imzayı inkâr eden tarafın karşılaştırmaya müsait bir imzası varsa senet üzerindeki imza ile bunu karşılaştırır. Eğer bu yeterli olmazsa veya karşılaştırmaya elverişli bir imza bulunamamışsa, senet aleyhine kullanılmak istenen kişiye yazı yazdırır, imza attırır ve senet üzerindeki imza ile alınan yazı örneklerini karşılaştırır ulaştığı sonucu hâkime sunar. Hâkim, bu bilirkişi raporuna göre kararını verir, hâkim işbu bilirkişi raporuyla da bir kanaate ulaşamazsa, sahteliği iddia edilen belge üzerine imza atıldığını gören şahitleri dinleyerek bir karara ulaşır.

⁸² KURU, C. II, s. 2111 vd..

⁸³ KURU, C. II, s. 2115 vd.

⁸⁴ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 438.

⁸⁵ AYGÜN, Mustafa Y., YD, C.3, Temmuz-Ekim S. 3-4, s. 247.

alınamazlar⁸⁶. Buna karşılık, Belgesay, usulüne uygun olarak onaylanmamış senetlerin en azından yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur⁸⁷.

Resmi senetler de adi senetler gibi kesin delil teşkil ederler ve hâkimi bağlarlar. Bu anlamda resmi senetle, adi senet arasında, ispat gücü bakımından bir fark yoktur. Aralarındaki fark sahtelik iddiasının söz konusu olduğu durumlarda kendini gösterir. Yukarıda belirttiğimiz üzere adi senetlerde, sahtelik iddiası söz konusu olursa, sahtelik iddiası bertaraf edilinceye kadar adi senetler mahkeme önünde delil olarak kullanılamazlar. Buna karşılık, resmi senetler sahtelikleri sabit oluncaya kadar kesin delil teşkil etmeye devam ederler⁸⁸.

Resmi senetler hakkındaki sahtelik iddiaları davayı hadise veya davayı asliye şeklinde ileri sürülebilir. Bu iddialar, resmi makamın (noterin) işlemine karşı ileri sürüldüğü için resmi makamın (noterin) muhatap olarak gösterilmesi gerekir. Düzenleme şeklindeki resmi senetlerin sahteliği, senedi düzenleyen resmi makamın, resmi senedi (uygulamada genellikle noterlerin) sahte olarak düzenlediği yahut senede, gerçeğe veya tarafların iradelerine aykırı ifadeler eklendiği şeklinde ortaya çıkabilir. Diğer bir ifade ile taraflar düzenleme şeklindeki resmi senedin muhteviyatının ve üzerindeki imzaların ve tarihin sahteliğini ileri sürebilirler. Buna karşılık onaylama şeklindeki resmi senetlerin, muhteviyatı taraflarca hazırlandığı için, taraflar ancak, bu senet üzerindeki tarih ve imzanın sahteliğini ileri sürebilirler. Bunların muhtevası hakkındaki sahtelik iddiaları, HUMK m.290'a ve genel kurallara tabidir⁸⁹.

1.2.2.1.3. Yemin

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu' nun 337 ile 362. maddeleri arasında düzenlenen yemin, bir vakıanın doğru olduğunu veya olmadığını, mahkeme önünde kanunun belirlediği şekilde beyan ve tasdik etmektir⁹⁰. Bu anlamda yemin, bilirkişi ve tanığa verdirilen yeminden

⁸⁶ “İmza vaz'ına muktedir olmayan veya bilmeyen eşhas tarafından verilen senedata mevzu mühürler, kanunun sarahatı veçhile ihtiyar heyeti ve mahallince maruf iki şahıs tarafından tasdik edilmedikçe mezkur senedatın medarı hüküm olamayacağı sekiz reyî muhalife karşı otuz altı reyile ve mevcudun üçte ikisinin ittifakı ile takarrür etmiştir” (Y. İBGK. 1930/29 E.1930/30 K.12.11.1930 T. Kazancı otomasyonu).

⁸⁷ BELGESAY, Mustafa Reşit; **Mühürlü Senetlerin İspat Kuvveti**, İÜHFM, C.V, İstanbul 1939, s. 224.

⁸⁸ ÖNEN, s. 248; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 440.

⁸⁹ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 408. Senetler hakkındaki sahtelik iddiaları ve bunların ispatı ileride ayrıntılı olarak incelenecektir. Bkz. s. 116 vd.

⁹⁰ YILMAZ, Ejder; **Medeni Yargılama Hukukunda Yemin**, Ankara 1989, s. 27; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 454; ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 342; BİLGE / ÖNEN, s. 587.

farklı olarak taraflarca yerine getirilir ve kesin delil teşkil eder⁹¹. Kanunumuzun düzenlemesi böyle olmakla beraber, doktrinde bazı yazarlarca, yeminin delil olarak kabul edilmesi eleştirilmiştir. Özellikle ülkemizde, yeminin rahatça suiistimal edildiği, kişilerin sahip olduğu Allah ve namus kavramlarının değişkenlik gösterdiği ve bir kişinin kendisinin aleyhine olabilecek bir konuda ne kadar doğru söyleyebileceği üzerindeki tereddütler, yeminin delil olarak kabul edilmemesi yönündeki görüşün gerekçeleridir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, tereddütlere sebebiyet veren yemin delili yerine hâkimin, tarafları şahsen sorguya çekmesi diğer bir ifade ile isticvap etmesi, gerçeğe ulaşılması için izlenmesi gereken daha makul bir yol olarak gözükmektedir⁹².

Yemin hakkındaki görüşleri belirttikten sonra yeminin türlerini ve nasıl eda edileceği üzerinde durmak gerekir. İlk olarak şunu belirtelim ki yemin, ancak taraflarca eda edilebilen, taraf usul işlemidir (HUMK m.353). Bu nedenle yetkilendirilmiş üçüncü kişi veyahut taraf vekilleri yemini ifa edemezler⁹³. Ancak, taraf vekilleri vekâletnamelerinde özel yetki bulunması koşuluyla karşı tarafa yemin teklif edebilirler⁹⁴ veya müvekkillerine yöneltilen yemin teklifini kabul veya reddedebilirler (HUMK m.63)⁹⁵. Ancak yeminin, bizzat taraflarca

⁹¹ ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 342; ÜSTÜNDAĞ, s. 684.

⁹² BERKİN, Necmeddin M.; **Hukuk Yargılama Usulünde Delillerin Takdirine İlişkin Sorunlar**, İTİD, İstanbul 1975, S. 2, s.149. Yeminin sakıncaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TERCAN, s. 94 vd.

⁹³ BİLGE / ÖNEN, s. 590.

⁹⁴ YILMAZ, s. 65; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 455. Vekilin, yemin teklif edebilmesi için özel yetkinin gerekli olup olmadığı hususunda HUMK’ da bir açıklık yoktur. Ancak Yılmaz ve Pekcanitez / Atalay / Özekes’e göre vekilin yemin teklif edilebilmesi için özel yetkinin bulunması gereklidir. Çünkü HUMK tarafından özel yetki aranan yeminin reddi ile yemin teklifi arasında bir fark yoktur. Bu sebeple, yazarlara göre her iki durumda da özel yetkinin aranması gerekir. Ancak Kuru’ ya ve Yargıtay’a göre vekilin yemin teklif edebilmesi için vekâletnamesinde özel bir yetkinin bulunması gerekmez. Bu görüşe göre HUMK’un 63. maddesinde özel yetki aranılacak haller belirtilmiş olup, yemin teklifi bu madde kapsamına alınmamıştır. “Davacı vekili (davalıya) and yönelmiştir. Vekilin and yöneltebilmesi için vekâletnamesinde özel yetki bulunmasına gerek yoktur ve böylece yönelttiği and geçerlidir.” (13. HD. 23.9.1975, 495/5578, KURU, C. II, s. 1291)

⁹⁵ Belirtmekte fayda var ki, yeminin vekil tarafından reddi veya kabulü için gerekli olan özel yetki, HUMK’ un 63. maddesi uyarınca, yemin edecek kişinin yemin teklif olunan meseleye ıtıla kesbettikten sonra verilebilir.

“Yeminin kabul veya reddi için vekâletnameye özel yetki konulmuş olabilir. Ancak vekil buna dayanarak yemini kabul veya red edemez. Vekilin yemini kabul veya red yetkisini kullanabilmesi için müvekkilin (yemin edecek kimsenin) yemin teklif olunan meseleyi öğrendikten sonra vekiline yeminin kabul veya reddini bildirmek için özel yetki vermiş olması gerekir. Çünkü yeminin kabul veya reddini bildirmek için özel yetki ancak yemin edecek kimse tarafından yemin teklif olunan meseleyi öğrendikten sonra verilebilir (HUMK m.63). Müvekkile durum bildirilmeden yemin teklif olunan celsede vekilin yemini reddetmesi usule aykırıdır” (19. HD. 02.06.2006

ifa edilmesini emreden bu kural mutlak olmayıp istisnası HUMK' un 353. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre iki taraftan biri mahcur veya on sekiz yaşından aşağı ise yemin veli veya kanuni mümessiline teklif veya reddolunabilir. Tüzel kişiler de ise yemin, tüzelkişiyi temsil eden organ veya kişi tarafından yerine getirilir⁹⁶.

Yemin, taraf yemini (kati yemin) ve resen teklif olunan yemin (tamamlayıcı yemin) olmak üzere ikiye ayrılır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu' nun 344. maddesi taraf (kati) yemini düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre “Kati yemin, bir kimsenin esas davasının halline müessir olan bir fiilin ispatı için diğerine teklif ettiği yemindir.” Diğer bir ifade ile taraf yemini, bir vakıanın ispatı için, ispat yükü kendisine düşen tarafın, diğer tarafa teklif ettiği yemindir. Yemin deliline, en son çare olarak başvurulur⁹⁷. İspat konusu vakıa hakkında başka deliller varsa ve bunlar kabule şayan ise taraflar yemin deliline başvuramaz. Bu sebeple taraflar, dilekçelerinde yemin delili dışında başka deliller de göstermişlerse yemin delili, diğer deliller değerlendirilip, kabule şayan olup olmadıkları ve iddia edilen vakıayı ispat edip etmedikleri değerlendirildikten sonra incelenebilir. Bu anlamda kesin delillerle ispatı gereken vakıa, ispat yükü kendisine düşen tarafça yemin dışındaki diğer kesin delillerle ispat edilemezse, vakıanın

3948/5915, PEKCANITEZ, Hakan / KORKMAZ, Hülya Taş / MERİÇ, Nedim; **İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Ankara 2007, s. 198)

⁹⁶ YILMAZ, s. 73, s. 79; ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 343; ÜSTÜNDAĞ, s. 686-687.

⁹⁷ Yemin deliline en son çare olarak başvurulacağı ilkesi, kaynağını HUMK'un 354. maddesinin lafzının yorumlanmasından almaktadır. HUMK'un 354. maddesi şöyledir “ Davasını ispat için yemin teklifinden başka delili olduğunu beyan etmiş olan taraf dahi yemin teklif edebilir. Şu kadar ki işbu deliller kabule şayan görüldüğü veya bu delillerin serd ve istismali mümkün olduğu takdirde yemin teklif olunamaz.” Doktrinde bu madde şöyle yorumlanmaktadır; yemin deliline dayanan tarafın gösterdiği başka deliller varsa ilk önce bu deliller incelenir, bu inceleme sonucunda vakıa ispatlanmışsa yemin deliline başvurmaya gerek kalmaz, eğer gösterilen delillerle ispat gerçekleşmezse son çare olarak yemin deliline başvurulur. Bu anlamda, diğer delillerle birlikte yemin deliline dayanan taraf, diğer delillerinden vazgeçmiş sayılmaz. Ancak, taraf delillerini belirtirken, sadece yemin deliline dayanmışsa doğrudan yemin deliline başvurulabilir. PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 456; YILMAZ, s. 68; ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 342. Yargıtay kararları da doktrinde kabul edilen bu düşünce ile aynı yöndedir. “Yemin delili sair delillerle kanıtlanamayan olgunun, en son kanıtlanma yolu olup, dava dilekçesinde veya delil listesinde gösterilmemiş olması halinde dahi davacının alacağını varlığını sair deliller ile kanıtlayamadığının anlaşılması üzerine...”. (Y. 19. HD. 17.03.1995-5594/2465, KAÇAK, Nazif; **Açıklamalı-İçtihatlı Hukuk Davalarında İspat Rehberi**, Ankara 2006, s. 120)

mevcudiyetini iddia eden taraf, takdiri delillere başvuramayacağı için, son çare olarak karşı tarafa yemin teklif ederek iddiasını ispatlayabilir⁹⁸.

Taraf yemini, bir kimseye ancak zatından sadır olan fiiller hakkında teklif olunabilir. Bir kimsenin bildiği şey, zatından sadır olan fiil gibi kabul olunur (HUMK m.345). Ancak, yemin edecek kişinin namus ve haysiyetini ilgilendiren yahut yemin edecek kişi açısından cezayı gerektiren fiiller hakkında yemin verdirilemez (HUMK m.352). Bunun yanında, geçerlilikleri şekle bağlı olan işlemler, şekle uyulmadan yapılmışsa, bunların mevcudiyetleri hakkında da yemin teklif olunamaz (HUMK m.346)⁹⁹. Ayrıca, resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, yemin geçerli değildir¹⁰⁰.

Yemin teklifi, karşı tarafın yemini edaya hazır olduğunu beyan etmesine kadar geri alınabilir. Bu safhadan sonra ise yemin teklifi, geri alınamayacağı gibi yeni delil de ikame edilemez (HUMK m.350).

Kendisine yemin teklif edilen taraf, duruşmada hazır ise yemin için yeni bir celse belirlemeye ve bunun için tebligat çıkarmaya gerek yoktur. Ancak kendisine yemin teklif edilen asil, duruşmada hazır değilse (davasını vekille takip ediyor veya tahkikat yokluğunda devam ediyorsa) kendisine yemine konu olacak vakıaları içeren, yemin davetiyesi yollanır (HUMK m.337).

Yemin davetiyesini alan taraf, yemin için çağrıldığı celseye geçerli bir mazereti olmadan katılmazsa, yeminden kaçınmış sayılır. Bu durumda yeminin konusunu oluşturan vakıaların sabit olduğuna karar verilir (HUMK m.337). Kendisine yemin teklif edilen taraf, duruşmada hazır ise yahut yemin için çağrıldığı duruşmaya gelirse yeminin konusunu oluşturan vakıaların mevcudiyeti hakkında Allah'ı ve namusu üzerine yemin ederek, vakıaların mevcut olmadığını ispat etmiş olur (HUMK m.339). Artık bu safhadan sonra, yemin teklif eden taraf, vakıaların mevcut olduğunun ispatı için başka delil gösteremez. Eğer yemin teklif olunan taraf, duruşmaya geldiği halde yemin etmeyi reddederse yeminden kaçınmış ve yemin konusu vakıaları ikrar etmiş sayılır. Kendisine yemin teklif olunan kişi, yemini hasmına karşıda reddedebilir (HUMK m.347). Diğer bir ifade ile yemini ben etmiyorum karşı taraf yemin etsin diyebilir. Ancak yeminin hasma karşı reddedilebilmesi için,

⁹⁸ BERKİN (Delillerin Takdiri), s. 151; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 456.

⁹⁹ YILMAZ, s. 94; ÜSTÜNDAĞ, s. 688.

¹⁰⁰ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 455; YILMAZ, s. 93.

yemine konu olan vakıaların hasımdan sadır olması veya en azından hasmın, bu vakıalar hakkında bilgi sahibi olması gerekir. Bu durumda kendisine yemin reddolunan taraf yemin ederse, vakıalar ispat edilmiş sayılır. Eğer yeminden kaçınır veya yemin etmeyi reddederse yemine konu vakıaların mevcut olmadığını ikrar etmiş sayılır (HUMK m.347).

Yeminin diğer türü ise resen teklif olunan yemindir. Resen teklif olunan yemin, hâkimin, yargılamanın sonunda, yargılama boyunca edindiği kanaatini tamamlamak için kendisine ispat yükü düşen tarafa teklif ettiği yemindir¹⁰¹. Hakimin, resen yemin teklif edebilmesi için iddia edilen hususların kesin deliller ile ispat edilmemiş olması ve takdiri delillerin hakimde hüküm kurmak için yeterli bir kanaat oluşturamaması gerekir (HUMK m.355-356). Kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere resen teklif olunan yemin, ancak takdiri delillerle ispat edilebilen vakıalar için teklif olunabilir¹⁰². Bunun yanında, hâkimin resen yemin teklif edebilmesi için takdiri delillerin hâkimde bir kanaat oluşturması ancak bu kanaatin karar vermeye yeterli olmaması gerekir. Eğer hâkim tarafların gösterdiği delillerle hüküm vermeye yeterli bir kanaate ulaşmışsa veya ispat konusu vakıa kesin delillerle ispatlanmışsa hâkim resen yemin teklif edemez¹⁰³.

Resen teklif olunan yemin, kendisine ispat yükü düşen tarafa, yargılamanın sonunda teklif edilebilir (HUMK m.359). Hâkim, resen yemin teklifi kararından dönemez ve yemin icra veya ret olunmadıkça hüküm veremez (HUMK m.362). Kendisine hâkim tarafından yemin teklif edilen taraf yemini kabul ederek yemin ederse, hâkim tarafın yemini ile bağlı olur ve tarafın iddia ettiği vakıa ispatlanmış kabul edilir. Buna karşılık yemin teklif olunan kişi yemin etmezse, ileri sürdüğü vakıa ispatlanmamış sayılır¹⁰⁴. Bu anlamda resen teklif olunan yemin, sonucu itibariyle kesin delil teşkil eder¹⁰⁵. Taraf yemininden farklı olarak resen teklif olunan yemin, kendisine yemin teklif olunan tarafça karşı tarafa reddedilemez¹⁰⁶.

¹⁰¹ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 438-439.

¹⁰² BERKİN (Delillerin Takdiri), s. 151; ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 348; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 439.

¹⁰³ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 439; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 459; ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 348.

¹⁰⁴ ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 439; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 440; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 460.

¹⁰⁵ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 460; YILMAZ, s. 29.

¹⁰⁶ YILMAZ, s. 181; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 440; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 460.

Belirttiğimiz istisnalar dışında taraf yemini için geçerli olan hususlar resen teklif olunan yemin için de geçerlidir¹⁰⁷.

1.2.2.1.4. Kesin Hüküm

Kesin hüküm, şekli anlamda kesin hüküm ve maddi anlamda kesin hüküm olmak üzere iki anlamı ihtiva eder. Şekli anlamda kesin hüküm, hâkimin verdiği karara karşı normal kanun yollarına başvurulamayacağını ifade ederken, maddi anlamda kesin hüküm, kararın, mahkeme tarafından değiştirilememesini, karar aleyhine kanun yoluna başvurulamamasını, tekrar dava edilememesini ve daha sonra açılan davada bağlayıcı olmasını ifade eder¹⁰⁸. Bu sebeplerle, bir hüküm ancak şekli anlamda kesinleştikten sonra maddi anlamda kesinleşebilir ve bir hükmün, kesin delil olarak kullanılması için de maddi anlamda kesinleşmesi gerekir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu' nun 295. maddesi uyarınca, mahkeme ilamları¹⁰⁹ sahtelikleri sabit oluncaya kadar kesin delil teşkil ederler. Bu anlamda, taraflar arasındaki bir davada elde edilen kesin hüküm aynı taraflar arasında görülen başka bir davada kesin delil olabilir. Örneğin, kısmi davada, mahkemenin vakıanın mevcudiyeti hakkında verdiği karar, alacağın geri kalan kısmının talep edileceği ikinci davada kesin hüküm teşkil eder ve hâkimi bağlar¹¹⁰.

Maddi anlamda kesin hüküm söz konusu olabilmesi için tarafların, dava konusunun ve dava sebebinin aynı olması gerekir (HUMK m.237/2). Eğer ilk dava ile ikinci dava arasında belirttiğimiz unsurlar aynı ise ilk davadaki hüküm veya hükmün bazı kısımları ikinci davada kesin delil teşkil eder¹¹¹.

¹⁰⁷ YILMAZ, s. 171; ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 439; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 460.

¹⁰⁸ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 715-719; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 517-519.

¹⁰⁹ İlam, “bir davanın mahkemece nasıl bir hükme bağlandığını gösteren resmi belgedir.” www. tdk.gov.tr. (16.06.2010). Diğer bir tanıma göre; hâkim ve zabıt kâtabi tarafından imzalı karar suretlerine ilam denir. Kararın aslı yazı işleri müdürü tarafından evrak mahzeninde saklanır. ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 441.

¹¹⁰ ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 350.

¹¹¹ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 529.

1.2.2.2. Takdiri Deliller

Takdiri deliller, kesin delillerden farklı olarak, hâkimi bağlayıcı nitelikte olmayan ve hâkimin serbestçe takdir edebildiği delillerdir. İleride ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, senetle (kesin delillerle) ispatı gereken hususlar hakkında takdiri delil dinlenemez. Bunlara dayanarak hüküm kurulamaz. Bu anlamda HUMK, belirli iddia ve savunmalar açısından, kesin delilleri, takdiri delillerden üstün tutmuştur. Bununla beraber, kanunumuz, kesin (kanuni) delil ilkesi ile serbest delil ilkesini birlikte benimsemiştir. Senetle ispat kurallarının, hukuki işlemlerin ispatına hasredilmesi karşısında, hukuki fiillerin ispatı için takdiri delillere başvurulabilecektir. Bunun yanında, senetle ispat kurallarının kapsamına giren bir hukuki işlem hakkında senet elde edilmesi maddi veya manevi bir sebepten dolayı imkânsız ise ispata konu hukuki işlem hakkında da takdiri delillere başvurulabilir.

Takdiri deliller şahit, bilirkişi, keşif ve özel hüküm sebepleridir. Aşağıda bu takdiri delilleri kısaca açıklamaya çalışacağız. Çalışmamızın esasını teşkil eden ve takdiri deliller arasında tarafların en sık kullandığı ve en önemli takdiri delil olan şahit delilini ise ayrı bir başlık altında ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

1.2.2.2.1. Bilirkişi (Ehlivukuf)

Hâkimin, davayı çözümlemesi ve bir hüküm kurabilmesi için bazen kendisinin bilmediği özel ve teknik bilgiye ihtiyacı olabilir. Bu durumda, hâkim bu teknik ve özel bilgiye sahip kişilerden görüş ve yardım alabilir. Bu anlamda hâkimin görüş ve yardımını talep ettiği kişiye bilirkişi denir (HUMK m.275)¹¹².

Hangi hususlar için bilirkişiye gidileceğine ve bilirkişiye başvurulup- başvurulmamasına hâkim karar verir. Hâkim, bilirkişiye başvurma kararını, resen alabileceği gibi, taraflardan birinin talebini haklı bularak da alabilir¹¹³. Ancak, bazı durumlarda bilirkişiye başvurmak kanun tarafından emredilmiş olabilir. Örneğin, akıl hastalığı sebebiyle açılmış

¹¹² KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 451; ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 358; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 460.

¹¹³ YILDIRIM, Kamil; **Bilirkişi Delilin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu**, 75. Yaş Günü İçin Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 836. ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 362; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 452.

olan boşanma davalarında, akıl hastalığının bilirkişi aracılığıyla tespiti şarttır (MK m.165)¹¹⁴. Böyle durumlarda, hâkimin bilirkişiye müracaatı takdire bağlı olmayıp kanuni bir zorunluluktur. Bunun aksine, kanun tarafından bilirkişiye başvurulmasının yasaklandığı hallerde vardır. Bu anlamda hâkim, mesleği gereği bilmesi gereken genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konular için bilirkişiye başvuramaz (HUMK m.275/II). Ancak, HUMK' un bu maddesinin uygulandığı pek söylenemez. Hâkimlerin, uygulamada sıklıkla hukuki konular için de bilirkişiye başvurdukları görülmektedir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, bilirkişilerin seçimini taraflara ve hâkime bırakmıştır. Kural olarak, hâkim kaç bilirkişi seçileceğine karar verir ve taraflara bilirkişileri seçmelerini emreder. Taraflar, kim veya kimlerin bilirkişi olabileceği hususunda anlaşabilirlerse, tarafların seçtikleri kişiler bilirkişi olurlar. Taraflar, bu konuda anlaşamazlarsa, hâkim resen bilirkişiyi seçer (HUMK m.276). Uygulamada, bu kurala da pek riayet edildiği söylenemez. Hâkimler, genellikle, tarafların görüşünü almadan resen bilirkişi seçmektedirler. Ancak hâkimin bilirkişi seçme hususundaki takdir hakkı da sınırsız değildir. Belirli hususlar için kanun veya hükümet tarafından resmi bilirkişiler belirlenmişse hâkim, bu resmi bilirkişilerden birine başvurmak zorundadır. Örneğin, Adli Tıp Kurumu Kanununda ve Kamulaştırma Kanununda bu konuda özel hükümler düzenlenmiştir¹¹⁵.

Mahkemece görevlendirilen bilirkişi, kendisine başvuru hususları için, işin niteliği uygunsa, görüşünü ve bilgisini hemen açıklar. Bu hususlar tutanağa geçirilir ve bilirkişi tarafından imzalanır. Eğer işin niteliği gereği bilirkişi, raporunu yazılı olarak vermesi gerekiyorsa, hâkim bilirkişiye süre verir. Bu süre kural olarak 3 ayı geçemez (HUMK m.281).

Kendisinden teknik ve özel bilgiyi gerektiren bir husus hakkında yardım talep edilen bilirkişi, kendisine hangi konular için başvurulmuşsa, bu konular hakkında görüşünü açıklar. Hâkimin yerine geçip, davanın esasını çözer nitelikte görüşler bildiremez¹¹⁶. Ancak, uygulamada, hâkimler, hangi konular için bilirkişiye gidildiğini tam olarak açıklamamakta dosyayı bütün olarak bilirkişiye göndermektedirler. Bu sebeple bilirkişiler, hâkim gibi davanın esasını çözer nitelikte raporlar düzenlemektedirler.

¹¹⁴ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 452; BİLGE / ÖNEN, s. 539.

¹¹⁵ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 455.

¹¹⁶ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 461 vd.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu' nun 286. maddesi uyarınca bilirkişinin görüş ve raporları hâkimi bağlamaz (HUMK m.286). Bilirkişi delili, takdiri bir delidir ve hâkim bunu serbestçe takdir eder¹¹⁷. Aksi düşünce tarzı, hâkimin bağımsızlığını zedeler¹¹⁸. Bu anlamda hâkim, bilirkişi raporunda eksik veya müphem konular bulunduğunu tespit ettiği takdirde tekrar bilirkişi incelemesi yaptırabilir (HUMK m.284). Bunun yanında, hâkim bilirkişiye başvurmadan önce sahip olmadığı özel ve teknik bilgiyi, bilirkişi raporu ile veya kendi özel çalışması ile sonradan kazanırsa, bilirkişi raporunu değerlendirip, makul bir şekilde gerekçelendirmek şartıyla bilirkişi raporunun aksine bir karar da verebilir¹¹⁹. Buna karşılık, kanunen veya fiili durum sebebiyle mutlaka bir bilirkişi görüşü gereken hallerde (DNA ve Kan Testleri gibi) hâkim, bilirkişi raporları aleyhine karar veremez. Gerektiği takdirde, söz konusu bilirkişi raporunun düzeltilmesini yahut yeniden bilirkişi raporu alınmasına karar verir¹²⁰.

Bilirkişiler, verdikleri raporlarla, hâkimin kanaatini önemli ölçüde etkilerler. Bu sebeple bilirkişilerin tarafsız olmaları gerekir. Kanun'da bu hususu dikkate alarak, bilirkişilerin reddini düzenlemiştir. Buna göre bilirkişiler, hâkimlerin yasaklılık ve red halini düzenleyen HUMK' un ilgili maddelerine göre reddolunabilirler (HUMK m.277).

1.2.2.2.2. Keşif

Geniş anlamı ile keşif, mahkemenin, kişilerin veya şeylerin durumları ve özellikleri hakkında duyu organları vasıtasıyla doğrudan doğruya bilgi sahibi olmasıdır¹²¹. Örneğin, bir tarlanın, büyüklüğü, varsa içinde bulunan diğer taşınmazların durumu, sulu tarıma uygun olup

¹¹⁷ YILDIRIM (Bilirkişi), s. 839; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 468.

¹¹⁸ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 468.

¹¹⁹ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 468; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 459. Aksi görüşte olan Bilge / Önen' e göre hâkim, bilirkişi raporunu yeterli görmezse kendi bilgisine dayanarak bilirkişi raporu aleyhine karar veremez. Bu durumda hâkimin yapması gereken yeniden bilirkişi incelemesi yaptırmaktır. (Bkz. BİLGE / ÖNEN, s. 550). Yargıtay'ın ekseri kararları da bu yöndedir. “Borca batıklık durumunun varlığı ve mali durumun iyileştirmesi ümidinin bulunup bulunmadığı özel ve teknik bir bilgiyi gerektirdiğinden bu konuda uzman bilirkişinin oy ve görüşü alınmalıdır. HUMK'un 286. maddesi uyarınca bilirkişinin oy ve görüşü hâkimi bağlamazsa da bu tür hallerde hâkimin bilirkişi yerine geçerek olayı çözmesi usüle uygun düşmez. Bilirkişi raporu yeterli değilse yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmalı veya bilirkişiden açıklık olmayan konularda ek ve tamamlayıcı görüş alınarak uyuşmazlık çözümlenmelidir.” (Y. 19. HD. 10.03.2005, 2004/13373, 2005/2443, KAÇAK, s. 169)

¹²⁰ TUĞSAVUL, s. 791; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 468-469.

¹²¹ ÜSTÜNDAĞ, s. 761; ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 370; BİLGE / ÖNEN, s. 551.

olmadığı gibi hususlar, keşfin konusunu oluşturabilir. HUMK ise 363. ile 366. maddelerinde, keşfi sadece taşınmazlar için öngörmüştür¹²². Taşınmazlar dışında kalan şeyler veya kişiler üzerinde hâkimin duyu organları vasıtasıyla doğrudan bilgi edinmesi, aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere hukukumuzda özel hüküm sebebi olarak adlandırılmıştır¹²³.

Hâkim, gerekli olduğu takdirde, özel ve teknik bilgiye sahip bilirkişilerle birlikte keşif yapabileceği gibi vakıa hakkında bilgi sahibi olan şahitleri de keşif sırasında dinleyebilir (HUMK m. 365).

Keşif, hâkimin ihtilafı konu üzerinde bizzat bilgi edinmesini sağladığı için önemli ve güvenilir bir delildir. Bu sebeple hâkim, keşif kararını resen alabileceği gibi tarafların talebi ile de keşfe karar verebilir (HUMK m. 363). Ancak, mahkeme sadece kendi yargı çevresi içersinde keşif yapabilir. Yargı çevresi dışında kalan yerler için ancak istinabe yoluyla keşif yapılır¹²⁴.

1.2.2.2.3. Özel Hüküm Sebepleri

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda sayılan deliller sınırlı sayıda olmayıp, taraflar, iddia ettikleri vakıanın doğruluğu hakkında, hâkimde kanaat oluşturmak için kanunda belirtilen delillerin dışında başka vasıtalarla da başvurabilirler. HUMK' un 367. maddesi, bu vasıtaları genel olarak özel hüküm sebepleri olarak adlandırmıştır. Bu madde uyarınca özel hüküm sebepleri ancak senetsiz ispat edilebilecek davalarda resen veya talep üzerine incelenebilir. Kanunun özel hüküm sebeplerini, senetsiz ispat edilebilecek davalara hasretmesi, özel hüküm sebeplerinin takdiri bir delil olduğunun göstergesidir¹²⁵.

Hâkimin, gayrimenkul dışındaki şeyleri, duyu organları vasıtasıyla bizzat muayene etmesi, koklaması, tatması veya dinlemesi aracılığıyla elde ettiği bilgi özel hüküm sebebidir. Örneğin satım sözleşmesine konu olmuş meyvelerin bozuk olup olmadığının bizzat hâkim tarafından görerek, koklayarak yahut tadararak tespiti bir özel hüküm sebebidir.¹²⁶

¹²² BİLGE / ÖNEN, s. 551.

¹²³ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 482.

¹²⁴ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 484.

¹²⁵ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 463.

¹²⁶ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 463.

Doktrinde, özel hüküm sebepleri, geniş anlamda keşif halleri olarak nitelendirilmiştir. Dar anlamda keşif, gayrimenkullere ilişkin olmasına rağmen özel hüküm sebepleri gayrimenkul dışında davanın esasına tesir edecek şeylere ilişkindir. Bu nedenle keşfe uygulanacak hükümler, kıyasen özel hüküm sebepleri içinde uygulanır¹²⁷. Örneğin, tarafların keşfe katlanma yükümlülüğü özel hüküm sebepleri için de geçerlidir. Gerçektende, özel hüküm sebebine konu olacak nesneyi elinde bulunduran yahut bedeninde özel hüküm sebebi kapsamında inceleme yapılması gereken kişi, yapılacak tespite rıza göstermek zorundadır. Aksi halde, özel hüküm sebebine konu vakıa, aleyhine olacak şekilde ispatlanmış sayılabilir¹²⁸.

1.2.3. Delillerin Değerlendirilmesi

Delillerin değerlendirilmesi, hâkimin, taraflarca gerçekleştirilen ispat faaliyetinin başarılı olup olmadığına ve bir vakıanın ispatlanmış kabul edilip edilmeyeceğine dair yürüttüğü faaliyet olarak tanımlanabilir¹²⁹. Hâkimin yürüttüğü bu faaliyet davadaki maddi meseleye ilişkindir. Bu anlamda, delillerin değerlendirilmesi, sadece hukuk kurallarına göre değil insan aklının yürüttüğü mantık ile bilimsel gerçeklerin ışığı altında incelenmelidir¹³⁰.

Delillerin değerlendirilmesi hususunda temel hüküm HUMK' un 240. maddesidir. Bu madde uyarınca “ kanunun tayin ettiği haller müstesna olmak üzere, hâkim ikame olunan delilleri serbestçe takdir eder.” Madde her ne kadar hâkime delillerin değerlendirilmesi konusunda bir serbestlik vermişse de bu serbestiyet mutlak değildir. Kanun da belirtilen hallerde hâkim, delilin konusunu oluşturan vakıayı takdir edemez. Örneğin, HUMK' un 288. ve 290. maddeleri uyarınca, senetle ispat edilmesi gereken hukuki işlemler hakkında kesin deliller ibraz edildiği takdirde, hâkim bu hususu ispatlanmış kabul etmek zorundadır. Bu noktada hâkimin takdir hakkı yoktur¹³¹. Diğer taraftan, senetle ispat kurallarının uygulanmadığı veya bu kuralların istisnalarının mevcut olduğu durumlarda, yani vakıaların

¹²⁷ ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 372; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 464-485; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 463.

¹²⁸ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 485.

¹²⁹ ATALAY (Menfi), s. 37.

¹³⁰ KONURALP (İspat kuralları), s. 43.

¹³¹ BERKİN (Delillerin Takdiri), s. 146; YILDIRIM, Kamil; **İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Taslağında İspat Hukuku ve Özellikle İspat Hakkı**, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 690; GÜRDOĞAN, Burhan; **Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk**, AÜSBFD, C. XI Eylül 1956, S. 3, s. 277.

şahitle ispatına izin verilen hallerde, kural olarak, hâkim delilleri serbestçe değerlendirir¹³². Konuralp, HUMK'un 240. maddesi uyarınca, hâkimin sahip olduğu takdir hakkının, diğer istisnalarını şu şekilde sıralamıştır. "senedin ispat gücüne ilişkin HUMK'un 296/2 ve 295/2 hükümleri, MK' un 133. maddesinde düzenlenen hastalık nedeniyle boşanma kararı verilebilmesi için doktor raporu aranacağına ilişkin kural; ikrar, kesin hüküm ve yemin gibi bazı beyan ve ispat araçlarına ilişkin hükümler; resmi sicil ve senetlerin ispat gücüne ilişkin MK' un 7. maddesi; Ticaret Kanununun 83. ve 86. maddeleri ve delil sözleşmelerinin mevcudiyeti". Belirtilen, bu hallerin mevcudiyeti halinde, hâkim bu delillerle bağlı olur. Bu konuda kanaat edinmiş olduğu varsayılr¹³³.

Yukarıda arz edilen istisnalar dışında, hâkimin delilleri serbestçe değerlendireceğini belirtmiştik. Ancak, bu kural, hâkimin her delili, keyfi olarak değerlendirebileceği manasına da gelmez. Bu anlamda, hâkim belirli kural ve kıstaslara tabi olmalıdır. Yıldırım, bu sınırları olgusal sınırlar, yukarıda belirttiğimiz istisnaları da hukuksal sınırlar olarak isimlendirmiştir. Olgusal sınırlar kapsamında, hâkim, delilleri değerlendirirken, insan bilgisinin yetersizliğini göz önünde bulundurmalı, delillerin mantık, tabiat ve tecrübe kurallarına uygun olup olmadığını incelemeli ve edindiği kanaati iyi bir şekilde gerekçelendirmelidir¹³⁴. Bu anlamda, hâkim, sebep göstermeden bir delili kabul yahut reddetmemeli, ret veya kabul için gösterdiği sebebin de akla, mantığa ve tecrübe kurallarına uygun olmasına dikkat etmelidir¹³⁵.

Hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin, hâkim tarafından değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda ise HUMK' da açıklık yoktur¹³⁶. Anayasa'nın 38. maddesi ile CMK' un 217/2. maddesi, ceza davalarında hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin kullanılmayacağını düzenlemiştir. Ancak, bu hükümlerin doğrudan doğruya medeni usul

¹³² YILDIRIM (Delillerin Değerlendirilmesi), s. 213.

¹³³ KONURALP (İspat kuralları), s. 45.

¹³⁴ YILDIRIM (Delillerin Değerlendirilmesi), s. 283. Delillerin değerlendirilmesi hususunda, hakim tabi olduğu sınırlar uzun ve oldukça hassas bir konudur. Bu konuda sadece çalışmamızla ilgili olan kadar açıklama yapılmaya çalışılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIRIM (Delillerin Değerlendirilmesi), s. 177 vd. Ayrıca şahit ifadelerinin hâkim tarafından nasıl değerlendirilmesi gerektiği hususu ileride ayrıntılı olarak açıklanacaktır. Bkz. s. 37 vd.

¹³⁵ BERKİN (Delillerin Takdiri), s. 163.

¹³⁶ TANRIVER, Süha; **Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi**, TBBD, 2006, S. 65, s.119; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 422.

hukukuna uygulanması mümkün değildir¹³⁷. Yıldırım, bu tür delillerin medeni usul hukukunda değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin takdirinin, hâkime ait olduğu belirtilmekle beraber, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin temini sırasında, aleyhine, hukuka aykırı delil kullanılacak kişinin temel hak ve hürriyetlerine önemli tecavüzlerin olması veya kişinin onurunu, haysiyetini veya özel hayatını zedeleyecek hareketlerde bulunmuş olması halinde bu tür delillerin, hâkim tarafından değerlendirilmemesi gerektiği ifade etmiştir¹³⁸. Pekcanitez / Atalay / Özekes' e göre ise hukuka aykırı yoldan elde edilen deliller değerlendirilirken, medeni usul hukukunda geçerli olan dürüstlük kuralı esas alınmalı ve her somut olayın özelliklerine göre ihlal edilen kanun hükmü ile ispatlanmak istenen menfaat arasında amaca uygunluk hususu incelenmelidir. Bu anlamda gizli şekilde ele geçirilen tüm deliller hukuka aykırı delil olarak kabul edilmemelidir¹³⁹.

Hâkimin, delilleri değerlendirirken yukarıda belirttiğimiz bütün bu sınırlara uyup uymadığının, temyiz denetimine tabi olup olmayacağı ise tartışmalıdır. Doktrindeki bazı yazarlara göre, HUMK' un 240. maddesi uyarınca hâkimin, deliller üzerindeki serbest takdiri, sadece açık ve önemli hataların bulunması halinde Yargıtay denetimine tabi tutulabilir¹⁴⁰. Buna karşılık, Yargıtay HUMK' un 428/5. maddesinde ifade bulan “meselei maddiyenin takdirinde hata edilmesi” şeklindeki temyiz nedenine ve ülkemizde olayları tekrar inceleyebilecek istinaf yargı yolunun bulunmadığına dayanarak herhangi bir kısıtlamaya tabi

¹³⁷ YILDIRIM, Kamil; **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller**, Erdoğan Teziç'e Armağan, İstanbul 2007, s. 867 vd

¹³⁸ YILDIRIM, (İspat Yasakları), s. 867 vd,

¹³⁹ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 425. Yazarlara göre “ Kişilik haklarının, özel yaşam alanının ve sır alanının ihlali sonucu elde edilen teyp bandı, fotoğraf, çalınmış veya el konulmuş aşk mektupları değerlendirilemez. Ayrıca mektup, posta ve telefon gizliliği ya da haberleşme özgürlüğü ihlal edilerek elde edilen deliller de mahkemece değerlendirilemez. Buna karşılık kamuya açık yerde oynayan çocuğun, oturan iki kişinin veya bir kimsenin evinin balkonunda çekilen fotoğrafları yasak delil değildir.”

¹⁴⁰ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 551; ÜSTÜNDAĞ, s. 690 vd. Sivrihisarlı'ya göre ise açık hata kavramının sınırını önceden soyut olarak çizilebilir mümkün değildir. Yargıtay'ın delillerin değerlendirmesi üzerindeki denetim yetkisinin sınırlarının çizilmesi her halükarda Yargıtay'ın tutumuna bağlıdır. Yazar görüşünü şu şekilde gerekçelendirmiştir; “ Yargıtay denetimini genellikle somut olayı aşan, takdirin sınırlarını belirleyen biçimde tecrübe kurallarına aykırılığa dayandırmakta, esas mahkemelerini, takdire ilişkin kararlarında inandırıcı gerekçe göstermeye zorlamaktadır. Mahkemelerin bu şekilde karar vermeye dikkat etmeleri halinde ise müdahalenin azalması doğal bir sonuç olacaktır. Temyiz nedeni olarak sadece “açık hata” ya yasalarda yer verilmesi halinde dahi Yargıtay denetiminin sınırını tayin edecek olan gene Yüksek Mahkemenin kendisidir”. SİVRİHİSARLI, Ömer; **Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı**, İstanbul 1978, s. 123.

olmadan, bu denetimi yapmaktadır¹⁴¹. Berkin'e göre de, hâkimin takdir hakkının, Yargıtay tarafından denetlenmesi mümkün olmalıdır. Yazar'a göre HUMK' un 240. maddesinde yer bulan "hâkimin delilleri serbestçe takdir edeceğine" ilişkin ifade, hâkimin, şahit veya bilirkişi gibi takdiri delillerle bağlı olmadığını ifade eder. Yoksa bu hüküm, Yargıtay'ın delilleri yeniden takdir edemeyeceği anlamına gelmez¹⁴².

1.2.4. Şahidin İspat Hukukundaki Yeri

Geçmişten günümüze önemini koruyan şahit delili, medeni usul hukukunda takdiri deliller arasında yer alır. Bu anlamda, şahit ancak takdiri delillerle ispat edilebilecek vakıalar için dinlenebilir. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, Türk hukukunda yapıldığı zamanki miktar ve değeri, kanunda belirtilen sınırdan fazla olan hukuki işlemler ve bunlara karşı defi olarak ileri sürülen hukuki işlemler ancak senetle (kesin delillerle) ispat edilebilir, bu iddialar hakkında şahit dinlenemez. Bu hususlar hakkında şahit dinlenilebilmesi için kanunun öngördüğü istisnaların mevcut olması gerekir.

Şahit delilinin, takdiri deliller arasında sayılmasının ve hukuki işlemler hakkında dinlenememesinin temel sebebi, şahide olan güvensizliktir¹⁴³. Bu güvensizliğin nedenleri ise şu şekilde açıklanabilir;

İnsan hafızası, unutmak ile maluldür. Bu sebeple üstünden uzun zaman geçmiş vakıaların, şahit tarafından verimli olarak hatırlanması çoğu zaman mümkün olmaz. Aynı şekilde, insan hafızası birçok etkiye açıktır. Bu nedenle, şahit, acıma, heyecan veya üzüntü gibi hislerle gördüklerini farklı şekilde aktarabildiği gibi kendi dünya görüşünü ve tecrübelerini de ifadesine eklemektedir¹⁴⁴. Bütün bunların yanında, şahitlerin, bir menfaat karşılığında ifadelerini gerçeğe aykırı olarak yansıtması diğer bir ifadeyle yalancı şahitlik yapılmaları da her zaman için mümkündür¹⁴⁵.

¹⁴¹ GÜRDOĞAN, s. 274; YILDIRIM (Delillerin Değerlendirilmesi) s. 275 vd; KONURALP (İspat kuralları), s. 46.

¹⁴² BERKİN (Delillerin Takdiri), s. 163-164.

¹⁴³ ERTANHAN, Mesut; **Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık**, Ankara 2005, s. 51.

¹⁴⁴ BİLGE / ÖNEN, s. 523.

¹⁴⁵ ERTANHAN, s. 51-52.

Berkin, şahide duyulan güvensizliğin yanında, şahit delilinin, takdiri deliller arasında sayılmasının ve hukukumuz açısından bazı vakıalar hakkında caiz sayılmamasının sebebini, mahkemelerin ve hâkimlerin boş yere zaman ve emek harcamalarını önleme olarak açıklamıştır. Yazara göre, belirli vakıaların sadece kesin delillerle ispat edilebilmesi, adaletin sıhhatli olarak gerçekleşmesi için gereken güvenlik, hızlılık ve ucuzluk gibi unsurların gerçekleşmesini temin eder. Buna karşılık, bu tür iddialar hakkında şahit dinlenmesi, mahkemelerin iş yükünü arttırır, yargılamanın daha yavaş ve masraflı olmasını sağlar¹⁴⁶.

Medeni usul hukukunda, senetle ispat kurallarının, hukuki işlemlere hasredilmiş olmasına karşılık, hukuki fiillerin şahitle ispatına cevaz verilmesi, ayrıca, maddi ve manevi imkânsızlıklar nedeniyle hukuki işlemler için de her zaman kesin delillere başvurmanın mümkün olmaması nedeniyle şahitle ispat edilebilecek vakıaların azımsanmayacak kadar çok olduğu söylenebilir. Bu nedenle yukarıda ifade edilen, bütün bu olumsuz düşüncelere rağmen, hukukumuzda şahit delili, en önemli ve en çok başvuru deliller arasındadır.

¹⁴⁶ BERKİN, Necmeddin M.; **Senetle İspat Mecburiyeti ve Kaidenin İstisnaları**, İÜHFİM, C. XVI, S. 3-4, 1950, s. 805 vd.

2. ŞAHİTLİK

2.1. ŞAHİTLİK VE ŞAHİT KAVRAMI

Şahitlik, davanın tarafı olmayan kişilerin, dava ile ilgili bir vakıa hakkında duyu organları vasıtasıyla vakıf oldukları bilgileri mahkemeye aktarmalarıdır. Bu anlamda şahitlik yapan kişiye de şahit denir¹⁴⁷.

Şahitlikte, delil, şahidin bizatihi kendisi olmayıp şahidin mahkemeye aktardığı bilgilerdir. Ancak, bu bilgiler hâkim tarafından değerlendirilirken şahidin kişiliği, karakteri, taraflar ile olan yakınlığı yahut akıl sağlığı gibi şahidin kendisi ile ilgili hususlar da göz önünde bulundurulur¹⁴⁸.

Şahit, davanın tarafı olmayan üçüncü kişidir. Bu sebeple, davanın tarafları, kendi davalarında şahit olarak dinlenemezler. Taraflar ancak isticvap yolu ile hâkim tarafından dinlenebilirler. Bunun yanında, tarafların kanuni temsilcileri, davada taraf sıfatına haiz olmamalarına rağmen şahitlik yapamazlar. Bu kişilerin bilgisi de isticvap yolu ile mahkemeye aktarılır¹⁴⁹. Aynı şekilde tüzel kişinin yasal temsilcisi durumunda olan kişiler de tüzel kişinin taraf olduğu davalarda şahitlik yapamazlar. Buna karşılık taraf avukatları, davanın tarafı olmadıkları için vekil olarak katıldıkları davalarda şahitlik yapabilirler¹⁵⁰.

Şahit, geçmişte vuku bulan bir vakıa hakkında duyu organları ile algıladığı bilgileri mahkemeye sunar. Bu sebeple, şahidin bir olaydan veya olgudan çıkarım yoluyla anladığı hususları anlatması, kanaat bildirmesi veya yorum yapması mümkün değildir. Bu nokta itibariyle şahitlik bilirkişilikten ayrılır¹⁵¹.

¹⁴⁷ ERTANHAN, s. 48; BİLGE / ÖNEN, s. 522; EROL, Nevzat; **Hukukta Deliller ve İkameleri** 1930-1969 Usule Ait İçtihadı Birleştirme Kararları, Ankara 1969, s. 62.

¹⁴⁸ DUMAN, İlker Hasan; **Tanıklık**, AD, S.4 Temmuz-Ağustos 1984, s. 978; ERTANHAN, s. 287.

¹⁴⁹ TERCAN, s. 88; ERTANHAN, s. 54. Aksi düşüncede olan Bilge / Önen' e göre kanuni temsilcinin de şahit olarak dinlenmesi mümkündür. Bkz. BİLGE / ÖNEN, s. 522.

¹⁵⁰ KURU, Baki; **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. III, 6. Bası, İstanbul 2001, s. 2567-2568.

¹⁵¹ ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s. 352; ERTANHAN, s. 49; BİLGE / ÖNEN, s. 522.

2.2. ŞAHİT OLABİLECEK KİŞİLER VE ŞAHİTLİK YAPMA ZORUNLULUĞU

2.2.1. Şahit Olabilecek Kişiler

Kural olarak, dava ile ilgili bir vakıa hakkında doğrudan bir algıya sahip olan herkes, davanın tarafı olmamak şartıyla şahit olabilir. HUMK m.247'den hareketle küçüklerin ve akıl zayıflığı olan kişilerin, diğer bir ifade ile temyiz kudretine tam olarak sahip olmayanların dahi şahit olarak yeminsiz dinlenilebileceği söylenebilir. Aynı şekilde, herhangi bir suçtan mahkûm olmuş kişiler ile kamu hizmetlerinden yasaklı olan kişiler de şahit olarak dinlenebilir¹⁵². Kişinin eğitimsiz olması, farklı bir dine mensup olması (veya dinsiz olması), cinsiyeti veya bedeni bir engelinin bulunması da şahitlik yapmasına engel değildir¹⁵³.

Buna karşılık, yargılamada görev alan hâkim, zabıt kâtibi veya cumhuriyet savcısı, görevli oldukları davalarda tanık olarak dinlenemezler. Belirtilen görevlilerin, tanık olarak dinlenmesi, bu kişilerin bağımsızlığına gölge düşürebilir. Ancak, dava konusu olayları, bizzat gören veya duyanlar sadece bu kişiler ise veya diğer şahitlerin ifadeleri, bu kişilerin şahitlikleri olmadan vakıanın aydınlatılmasına yeterli gelmiyorsa, bu kişilerin, tanıklıktan çekinme yerine, davadaki görevlerinden çekinmeleri daha uygun olabilir¹⁵⁴.

2.2.2. Şahitlik Yapma Zorunluluğu

Şahitlik yapmak, kural olarak zorunludur (HUMK m.253)¹⁵⁵. Bu sebeple mahkeme tarafından şahitlik için çağrılan herkes istisnalar dışında mahkemeye gelmeye, bilgilerini aktarmaya ve yemin etmeye mecburdur¹⁵⁶. Bu çağrıya geçerli bir mazereti olmadan cevap vermeyen şahit, HUMK' un 253. maddesinde belirtilen cezalara mahkûm edilir. Bunun yanında hâkim, gerekli gördüğü takdirde, şahidin zorla getirilmesine de karar verebilir (HUMK m.253/2).

¹⁵² ERTANHAN, s. 58. Karşı görüş için bkz. PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 474.

¹⁵³ ERGÜL, Teoman; **Şahit ve Şahitlik**, AD. Y.55 Eylül-Aralık, S. 9-12, 1964, s. 1022.

¹⁵⁴ ERTANHAN, s. 63-64; ATALI, s. 160.

¹⁵⁵ Bu zorunluluk Türk yargısına tabi olan kişiler için geçerlidir. Yabancı ülke diplomatik temsilcileri gibi Türk yargısına tabi olmayan kişiler için şahitlik yapmak zorunlu değildir (Bkz. ÖNEN, s. 214; EROL, s. 65-66).

¹⁵⁶ EROL, s. 63; KURU, C. III, s. 2572; ÖNEN, s. 214; DUMAN, s. 987. Doktrinde bazı yazarlar, bu yükümlülüğü, mahkemede hazır bulunmayı, beyanda bulunmayı, doğru söylemeyi ve son olarak yemin etmeyi de içine alacak şekilde geniş yorumlamışlardır. Bkz. ERTANHAN, s. 73; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 474.

Şahitlik yapma zorunluluğu, özel hukuk davalarında dahi kamu düzeni ile ilgili olup bu zorunluluk mahkeme tarafından davetiye çıkartılması ve şahit için gerekli giderlerin yatırılması ile doğar¹⁵⁷. Usulüne uygun olarak çağrılmayan şahit için bu zorunluluk doğmaz¹⁵⁸. Bu anlamda, şahidin zorla getirilebilmesi yahut masraf ve para cezasına çarptırılabilmesi için kendisine usulüne uygun tebligat yapılması gerekir. Aksi takdirde, yani usulüne uygun olarak çağrılmayan tanık zorla getirilir yahut masraf ve para cezasına çarptırılırsa, şahidin bu sebeple uğradığı maddi ve manevi zarar karşılanmalıdır¹⁵⁹.

Usulüne uygun duruşmaya çağrılan şahidin, yukarıda belirttiğimiz cezalara çarptırılabilmesi için ayrıca haklı bir özrünün veya engelinin bulunmaması gerekir. Şahidin duruşmaya gelmemesinde, haklı bir özrü varsa ve bu özrünün mevcudiyeti hakkında, hâkimde kanaat oluşturabilecek bir delili mevcutsa, ifade vermeyen şahit cezalandırılmaz. Özrün geçerli bir sebebe dayanıp dayanmadığını hâkim takdir eder¹⁶⁰.

Berkin, şahitlik yapma zorunluluğunu eleştirmiştir. Yazar'a göre kişinin, şahitlik yapmaya zorlanması ile gerçeğe ulaşamaz. Şahit, taraflardan birinin düşmanlığına maruz kalmamak yahut olayın ayrıntılarına gerçekten vakıf olmaması yahut da açıklayamadığı manevi bir sebepten dolayı her zaman gerçeğe uygun beyanlar vermek istemeyebilir. Bu nedenle şahidi, baskı ile beyanda bulunmaya zorlamak, şahidi yalan beyanda bulunmaya sevk edebilir. Bunun yanında, genellikle medeni usul hukukunda, ceza davalarında olduğu gibi bir kamu yararı da yoktur. İki tarafın menfaatlerinin söz konusu olduğu bu tür davalarda şahidin beyanda bulunmaması veya adaleti yanıltma gerekçesi ile hapis edilmesi kişisel hak ve hürriyetlerle de bağdaşmaz¹⁶¹.

¹⁵⁷ PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 474.

¹⁵⁸ Şahide gönderilecek tebligat (davetiye) mahkeme tarafından hazırlanır. Bu tebligata, mahkemenin adı, dosya tarih ve numarası, şahitliğin yapılacağı duruşmanın tarih ve saati, şahidin şahitlik edeceği dava ve konusu ile davanın tarafları yazılmalıdır. Bunun yanında, şahidin adı, soyadı ve adresi ile çağrıldığı duruşmaya gelmemesi halinde HUMK'un 253. madde hükümlerinin uygulanacağı yazılır. Belirtilen zorunlu unsurların bulunmaması veya Tebligat Kanunu'nun diğer amir hükümlerinin uygulanmaması halinde tebligata bağlanan sonuçlar doğmaz. Bkz. ERTANHAN, s. 211.

¹⁵⁹ DUMAN, s. 987.

¹⁶⁰ BELGESAY (Deliller), s. 124; DUMAN, s. 988.

¹⁶¹ BERKİN (Delillerin Takdiri), s. 147.

2.2.3. Şahitlikten Çekinebilecek Kişiler

Şahitlik yapma zorunluluğu mutlak olmayıp istisnaları mevcuttur. Bu istisnalar HUMK' un farklı maddelerinde düzenlenmiştir. İlk olarak, HUMK' un 245. maddesi taraflar ile yakınlığı olan bazı kişilerin şahitlikten çekinebileceğini düzenlemiştir. Buna göre;

- a. İki taraftan birinin nişanlısı (HUMK m.245/1)
- b. Aralarında evlilik ilişkisi sona ermiş olsa bile iki taraftan birinin karısı veya kocası (HUMK m.245/2)
- c. İki taraftan birinin neseben veya sebeben usul ve furu yahut üçüncü dereceye kadar neseben veya kendisiyle akrabalık ilişkisini kuran evlilik ilişkisi bitmiş olsa bile ikinci dereceye kadar sebeben civar hısımları ile aralarında evlatlık ilişkisi bulunan kişiler (HUMK m.245/3),

şahitlikten çekinebilir. Yukarıdaki sayma tahdididir. Bu sebeple taraflara yakınlık sebebiyle, şahitlikten çekinme halleri kanun maddesinde belirtilen yakınlık ilişkileri ile sınırlı olup geniş yorumlanamaz¹⁶².

HUMK 'un 245. maddesinin son fıkrası ise “memuriyet, sanat veya meslekleri sebebiyle bir kimsenin sırrını bilenlerin de şahitlikten çekinebileceğini düzenlemiştir. Ancak sır sahibinin izni olduğu takdirde, ilgili meslek yahut sanat mensubu şahitlikten çekinemez¹⁶³. Bu kuralın da bir istisnası mevcuttur. Buna göre avukatlar meslekleri sebebiyle öğrendikleri sırlar hakkında müvekkillerinin muvafakati olsa bile şahitlikten çekinebilirler (AK m.36, II c.2).

Şahitlikten çekinmeyi düzenleyen diğer kanun hükmü HUMK' un 246. maddesidir. Bu madde uyarınca, şahide veya yakın akrabalarının menfaatlerine zarar gelebilecek durumlarda, şahidin şahitlikten çekinebileceği düzenlenmiştir. Şöyle ki;

¹⁶² KURU, C. III, s. 2573; BELGESAY (Deliller), s. 127.

¹⁶³ Sır, açıklanması sahibinin onur ve şerefine zedeleyebilecek veya zedeleme ihtimali bulunan ve herkes tarafından bilinmeyen hususlar olarak tanımlanmıştır. Sır kapsamında olmayan bilgi ve hususlar için şahitlikten çekinme söz konusu olmaz. Sır kavramı ve sırrın kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERTANHAN, s. 78-79.

- a. Kişinin, şahitlik yapması kendisine yahut HUMK' un 245. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen hısımlarından birine doğrudan doğruya mali bir zarar doğuruyorsa (HUMK m.246/1),
- b. Kişinin, şahitlik yapması kendisinin yahut HUMK' un 245. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen hısımlarından birinin şeref ve haysiyetini ihlal edecek veya haklarında bir ceza soruşturmasına neden olabilecek ise (HUMK m.246/2),
- c. Kişinin, şahitlik yapması, kendisince gizliliği gerekli olan ve sanatına ait sırların açıklanmasını gerektiriyorsa (HUMK m.246/3),

şahitlikten çekinebilir.

Ancak HUMK m.245 ve m.246/1'de düzenlenen şahitlikten çekinme halleri mutlak olmayıp, HUMK m.248'de belirtilen hallerin mevcudiyeti halinde şahitlik yapmak zorunludur. Buna göre HUMK m. 245 ve m.246/1'de belirtilen hallerde şahitlikten çekinebilecek olan kişiler, aşağıda belirtilen hallerin varlığı halinde şahitlik yapmak zorundadır.

- a. Hukuki bir işlemde şahit olarak bulundurulmuş kişi, hukuki işlemin esas ve kapsamı hakkında (HUMK m.248/1),
- b. Aile fertleri arasında meydana gelen doğum, ölüm ve evlenme vakıaları hakkında (HUMK m.248/2),
- c. Aile ilişkilerinden kaynaklanan mali uyuşmazlıklarda (HUMK m.248/3),
- d. İki taraftan birinin hukuken selefi veya temsilcisi sıfatıyla şahidin bizzat icra ettiği işlemler hakkında şahitlik yapmak zorundadır (HUMK m.248/4).

Şahitlikten çekinmeyi düzenleyen son hüküm ise HUMK' un 249. maddesidir. Bu madde uyarınca devlet hizmetinde çalışan kişiler, meslek sırrı niteliğindeki vakıa ve bilgiler hakkında gerek görevleri devam ederken gerekse de görev süreleri bittikten sonra, bağlı buldukları kurumun resmi izni olmadıkça tanık olarak dinlenemezler¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Bu madde ile devlet sırlarının korunması amaçlanmıştır. Ancak HUMK devlet sırrı kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklamamıştır. Doktrindeki bir görüşe göre; CMK' un devlet sırrının söz konusu olduğu durumlarda şahitliği düzenleyen 47. maddesi, HUMK m.249'un yorumlanmasında dikkate alınması gerekir. Bkz. ERTANHAN, s. 93.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 245, 246 ve 249 uyarınca şahitlikten çekinmek isteyen kişi, mazeretini ve bu mazeretinin delilini, dinlenmek üzere çağrıldığı celsemeden önce mahkemeye yazılı veya sözlü olarak bildirmek zorundadır. Yazı işleri müdürü, şahidin çekinme talebini iki tarafa tebliğ eder. Bu şekilde, mazeretini bildiren kişi, çağrıldığı celseye gitmek zorunda değildir (HUMK m.250).

2.2.4. Yeminsiz Dinlenecek Kişiler

Hâkim, doğru söylemeyi teşvik etmek için şahide yemin ettirebilir. Bu durum, takdire bağlı olup, hâkim dilerse şahide yemin teklif etmeyebilir. Ancak taraflardan biri, şahidin yemin etmesini talep ederse, hâkimin takdir hakkı söz konusu olmaz ve şahide yemin ettirilir¹⁶⁵.

Şahit, takdiren yahut tarafların talebi üzerine, hâkim tarafından verilen yemin emrine uymak zorundadır. Bu zorunluluk, şahitlik yapma zorunluluğu kapsamındadır. Ancak bu kural mutlak değildir. HUMK' un 247. maddesi şahidin yeminsiz dinleneceği halleri düzenlemiştir. İşbu madde kapsamındaki hallerde, hâkim takdiren veya talep üzerine şahide yemin verdiremez. HUMK 247. maddesi uyarınca;

- a. Dinlenmeleri sırasında on beş yaşını doldurmamayan, (HUMK m.247/1)
- b. Akli gücünün ve anlayışının eksikliğinden veya güçsüz durumda bulunması sebebiyle yeminin önemini anlayamayacaklar, (HUMK m.247/2)
- c. Ceza süreleri içinde kamu hizmetlerinden yasaklı bulunanlar, (HUMK m.247/3)
- d. HUMK'un 245/1-3 ve m.246/1-2 numaraları uyarınca şahitlikten çekinme hakkı olup da bu hakkını kullanmayanlar, (HUMK m.247/4)
- e. Bir tarafın davayı kazanmasında hukuki menfaati bulunan kişiler, (HUMK m.247/5)
- f. Şahitlik zamanında, iki taraftan birinin evinde veya işyerinde infak ve iiaşe veya istihdam olunan (HUMK m.247/6) kişiler, yeminsiz dinlenirler.

¹⁶⁵ ERTANHAN, s. 113.

2.3. ŞAHİT İFADELERİNİN HÂKİM TARAFINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Türk Hukukunda şahit, takdiri deliller arasında yer alır. Bu sebeple de ancak takdiri delillerle ispat edilebilecek vakıalar için dinlenebilir. Kesin delillerle ispat edilmesi gereken konularda, kural olarak şahit dinlenmesi mümkün değildir. Bu anlamda, hâkimin ilk görevi, bir davanın hangi delillerle ispat edilebileceğini belirlemek, daha sonra bu belirlemeye uygun olarak şahit dinletilip dinletilemeyeceğine karar vermektir (HUMK m.218). Eğer, hâkim davanın şahitle ispat edilebileceğine karar vermişse, şahit beyanları uyarınca bir kanaate ulaşmaya çalışır.

Hâkim, dinlediği şahitlerin beyanlarını, HUMK' un 240. maddesi uyarınca serbestçe takdir eder. Ancak, hâkime verilmiş bu yetki sınırsız değildir. Hâkim, bu takdir hakkını kullanırken keyfi hareket edemez. Bu anlamda hâkim, şahit beyanlarını değerlendirirken, mantık kurallarını, hayat tecrübelerini ve yaptığı gözlemleri dikkate almalıdır. Her ne kadar, hâkimin kanaatini etkileyen şahit değil de onun beyanı olsa da, şahidin inanırlılığını ve güvenilirliğini etkileyen unsurlar göz önünde bulundurulmalıdır. Bu anlamda HUMK' un 254. maddesi şahidin inanırlılığını ve güvenilirliğini etkileyebilecek bir kriteri örnek kabilinden düzenlemiştir. Bu madde uyarınca şahidin davada menfaati bulunması, şahidin doğruluğunu şüpheye düşürebilecek bir etkidir¹⁶⁶. Bundan başka, akrabalık, karşı tarafla husumet, akıl zayıflığı veya taraflardan biri ile menfaat ilişkisi içinde bulunma ve benzeri durumlar şahidin inanırlılığını etkileyebilir. Ancak şahidin güvenilirliğini ve inanırlılığını şüpheye düşürecek böyle durumların mevcudiyeti, doğrudan doğruya şahit beyanının geçersiz veya zayıf sayılmasına sebebiyet vermemelidir¹⁶⁷. Bu durumda, hâkim, şahit beyanlarını değerlendirirken dikkatli davranmalı, bu kişilerin beyanlarının diğer şahit beyanları ile çeliştiği noktaları irdelemeli gerektiği takdirde taraflı olarak gördüğü beyanları, hükme esas almamalıdır¹⁶⁸.

¹⁶⁶ KAŞIKÇI, Mehmet; **Meraya İlişkin Uyuşmazlıklarda Yabancı Köyden Tamik Dinlenmesi Üzerine Düşünceler**, YD, C. 24, Ekim 1998, S. 4, s. 582; BELGESAY (Deliller), s. 121.

¹⁶⁷ “Şahitlerin bir kısmının davacının meslektaşları olmaları, beyanlarının samimi olmadığına delalet etmez” (Y. HGK 1966/2-1075 E. 1966/19 K. 13.01.1968 T.), “Şahitlerin davacının yakın akrabaları olmaları şهادetlerinin reddini gerektirmez.” (Y. HGK. 1967/2-192 E. 1967/354 K. 13.09.1967 T. EROL, s. 78).

¹⁶⁸ TUĞSAVUL, s. 786. “Davacının gösterdiği iki şahitten bir tanesinin kanuni hakkını kullanarak şahitlik etmekten kaçınmış olması sonunda, geri kalan tek şahit olan davacının oğlunun sözlerinden, kendisinin bu işte tarafsız durumda olmadığı ve alım satımda herhangi bir şekilde ilgisi bulunduğu cihetle, bu şahidin sözlerinin hükme esas tutulması usule uygun görülmemiştir” (TD. 19.2.1954, 1037/972 KURU, C. III, s. 2616), Berkin, hâkimin şahitler konusundaki takdir hakkını bir adım daha ileri götürmüştür. Yazar'a göre; şahitlerin

Hâkim, şahidin kişisel olarak güvenilebilir ve inanılabilir bir kişi olduğuna kanaat getirdikten sonra, şahit beyanlarından sağlıklı sonuçların çıkarılması için analiz yeteneğini de kullanması gerekir. Çünkü şahit beyanları aynı olaylar hakkında bile farklı şekillerde olabilir. Zira anlayış, kavrama, sezgi ve görüş kabiliyeti her insanda farklıdır. Bunun yanında şahit, ifadelerine kendi hayat görüş ve tecrübelerini katabileceği gibi olayın verdiği psikolojik etki ile farklı beyanda da bulunabilir. İşte hâkim, şahit beyanlarını değerlendirirken bütün bu unsurları göz önünde bulundurarak kanaatini belirlemelidir. Bu kanaatin sağlıklı bir şekilde oluşabilmesi için gerekirse, şahide sorular sormalı, şüpheli olan durumları tekrar anlattırmalıdır¹⁶⁹.

Hâkimin, başka kimselerden duymaya dayalı şahit beyanlarını değerlendirip değerlendiremeyeceği ise doktrinde tam olarak açıklığa kavuşturulmamıştır. Şahide şahitlik veya şahitliğin şahitliği olarak isimlendirilen, bu durumda, şahidin olay hakkında edindiği bilgiler, olayı bizzat duyu organlarıyla algılamış kişilerden duyma yoluyla elde edilmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre, bu ifadelerin kullanılması, davanın çözümüne katkı sağlayabilecektir. Bu nedenle de kullanılmasında ve hâkim tarafından değerlendirilmesinde herhangi bir sorun yoktur¹⁷⁰. Diğer bir görüşe göre ise bu beyanlara dayanarak hüküm kurulması uygun değildir. Bu tür deliller, zayıf delillerdir ve ancak başka delillerle tasdiklenirse hükme etkili olabilirler¹⁷¹. Kanaatimizce de çürük bir delil olarak görülen şahit beyanlarının, güvenilirliğini daha da azaltacak başka kimselerden duyma yoluyla edinilmiş bilgilerin doğrudan esas hakkında verilecek hükme etkili olması düşünülemez. Bu tür beyanlar tali nitelikte düşünülmeli, başka deliller ile desteklendiği oranda hâkim tarafından değerlendirilmelidir.

Diğer taraftan, keyfi davranmama zorunluluğu, şahit beyanları açısından gerekçelendirmeyi de zorunlu kılar. Hâkim, şahit beyanını neden dikkate aldığını veya almadığını belirtmelidir. Bu anlamda hâkimin, şahidin yalan söylediğine veya kesinlikle doğru söylediğine sadece inanmış olması, yeterli değildir. Şahidin ifadesi hakkında ulaştığı

sıfatları, şahsiyetleri, sosyal seviyeleri gibi şahide itimat edilmemesini gerekli gösteren hallerde hâkim, şahidin dinlenmemesine de karar verebilir. Bkz. BERKİN (Delillerin Takdiri), s. 166-167.

¹⁶⁹ TÛZÛN, Nejat; **Yemin ve Şehadet**, ABD Y. 1962/2, S. 68, s. 281.

¹⁷⁰ FEYZİOĞLU, Metin; **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara 1996, s. 68.

¹⁷¹ BELGESAY (Deliller), s. 120; ERTANHAN, s. 285; TUĞSAVUL, s. 610.

olumlu ve olumsuz kanaatin nedenlerini, olayla akli ve mantıki bağlantılarını kurarak cevaplandırmalıdır¹⁷².

Şahit beyanlarının hâkim tarafından serbestçe takdir edileceğini belirtmiştik. Doktrinde, bu takdir hakkının temyiz kontrolüne tabi olup olmayacağı ve bu kontrolün sınırı tartışmalıdır¹⁷³. Yargıtay ise olayları tekrar değerlendirebilecek istinaf mahkemelerinin kurulmadığını ve HUMK m. 428/5' de düzenlenen maddi meselenin takdirinde hata edilmesi temyiz nedenine dayanarak, şahit ifadelerinin hâkim tarafından değerlendirilmesini denetlemektedir¹⁷⁴.

¹⁷² TÜZÜN, s. 279; ERTANHAN, s. 279. “Şahit beyanları karşısında sadece vicdani kanaatle karar vermek kâfi değildir. Her beyana neden itibar edilmediğinin münakaşası yapılmalıdır.” (Y. HGK 1958/4-12 E. 1958/18 K. 05.03.1958 T. EROL, s. 72)

¹⁷³ Bu konu hakkındaki görüşler ve tartışmalar için bkz. Delillerin Değerlendirilmesi, s. 28 vd.

¹⁷⁴ “Aksine inandırıcı delil ve olaylar mevcut olmadıkça aslolan tanıkların doğru söylemiş olmalarıdır (HUMK m.254). Bu kanuni karineye rağmen mahkemece davacı tanıkların beyanlarının kabule değer görülmemiş olması yanlıştır. Hâkim, inanmadıkça olayları sabit kabul etmemek ve delilleri serbestçe takdir etmek yetkisine sahip olmakla beraber bu kudret denetimsiz değildir. Dayanağı olmayan takdir keyfiliğe yol açabilir. Bu bakımdan Yargıtay’a yanlış takdirlere ilişme görevi verilmiştir.”(2. HD. 20.12.1973, 7756/7335, KURU, C. III, s. 2617).

“HUMK. nun 240 ve Medeni Kanununun 150. maddeleri gereğince boşanma davalarında delillerin takdiri mahkemeye ait ise de usulün 428 inci maddesinin beşinci bendi uyarınca maddi meselenin takdirinde hata edilmesi bozma nedenidir. Yargıtay delillerin doğru ve isabetli takdir edilmiş olup olmadığını inceleyecektir.” (HGK. 474/D-2 E. 36 K. T. 16.02.1966, ERDEMİR, s. 1138).

3. MEDENİ USUL HUKUKUNDA ŞAHİTLE İSPATA İZİN VERİLEN HALLER

3.1. GENEL OLARAK

Medeni usul hukukunda şahitle ispat edilebilen halleri belirlemek için belki de izlenecek en uygun yöntem, şahitle ispat edilemeyecek hallerin çerçevesinin çizilmesi daha sonra da bu çerçevenin dışında kalan hususların değerlendirilmesi yolu ile istisnalarının belirlenmesi şeklinde gerçekleşir. HUMK, Fransız usul sisteminden esinlenerek bazı vakıaların sadece senetle ispat edilmesini emretmiş ve bu kapsama giren hususlar hakkında şahit dinlenmesini yasaklamıştır. Kanunun düzenlediği bu istisna durumların dışında kalan hallerde, taraflar iddia ettikleri vakıanın mevcut olduğunu (veya olmadığını) her türlü delille ispatlayabileceklerdir¹⁷⁵.

Bazı hallerin senetle ispat edilebilmesine karşılık, diğer bazı hususların her türlü delille ispatına izin verilmesi karşısında, usul hukukumuzda ispata ilişkin karma bir yapının benimsendiği söylenebilir. Bu karma sistem uyarınca, hukuki işlemlerin ve hukuki fiillerin farklı ispat sistemlerine bağlandığı görülmektedir. Bu anlamda kural olarak, hukuki işlemler kesin delillerle (senetle) ispatlanabilirken, hukuki fiiller her türlü delille (şahitle) ispatlanabilir.

Hukuki işlemlerin ispatına ilişkin temel hükümler HUMK' un 288. ve 290. maddeleridir. Bu hükümler uyarınca kanunda belirtilen miktarı geçen hukuki işlemler ve senede bağlanmış her türlü iddiaya karşı defî olarak ileri sürülen hukuki işlemler ancak kesin delillerle (senet) ispatlanabilir. Bu hususlar hakkında şahit dinlenemez. Doktrinde bu hükümlere, senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kuralları (zorunlulukları) adı verilmektedir¹⁷⁶. Ancak aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere bu kurallar mutlak olmayıp istisnaları mevcuttur. Bu anlamda HUMK, bir hukuki işlemin senede bağlanmasının maddi veya manevi bir nedenden dolayı imkânsız olduğu durumlarda hukuki işlemlerin ispatının takdiri delillerle (şahitle) yapılabileceğini düzenlemiştir.

Senetle ispat kurallarının kapsamı ve istisnalarının çerçevesinin çizilmesi, usul hukukumuzda şahitle ispata izin verilen hallerin kapsamının belirlenmesi açısından önem arz eder. Bu anlamda, çalışmamızda ilk olarak senetle ispat ve senede karşı senetle ispat

¹⁷⁵ KONURALP (Yazılı Delil Başlangıcı), s. 29.

¹⁷⁶ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 447-454; KURU, C. II, s. 2198-2325.

kurallarının süjesini oluşturan hukuki işlem kavramı açıklanmaya çalışılacak, daha sonra bu kuralların özellikleri ve nitelikleri belirlenecek ve son olarak da bu kuralların kapsamına girmeyen istisnalar, diğer bir ifade ile şahitle ispat edilebilecek hukuki işlemler incelenmeye çalışılacaktır.

Hukuki işlemler hakkındaki açıklamalarımızdan sonra, hukuki fiil kavramını, hukuki işlemlerden farkları ile beraber açıklamaya çalışıp daha sonra uygulamada sıkça karşılaşılan ve tartışmalara konu olmuş hukuki fiil örneklerinin şahitle ispat edilebilmesini incelemeye çalışacağız.

3.2. HUKUKİ İŞLEMLERİN ŞAHİTLE İSPAT EDİLEBİLDİĞİ HALLER

3.2.1. Hukuki İşlem (Muamele) Kavramı

Hukuki işlem, bir kimsenin hukuki sonuçlar meydana getirmek amacıyla yaptığı irade beyanı (açıklaması) yahut beyanlardan oluşan bir olgudur¹⁷⁷. Diğer bir ifadeyle, hukuki işlem belirli bir hukuki sonucu elde etme amacına yönelik irade beyanını içeren bir tür hukuki fiildir¹⁷⁸.

Hukuki işlemleri diğer hukuki fiillerden ayıran nokta ise iradenin hukuki sonuca yönelmiş olmasıdır. Bir başka ifadeyle, hukuk düzenin öngördüğü sonuç kendisine yönelmiş irade beyanı ile varlık kazanabiliyorsa ve hukuki sonuç ile irade beyanın içeriği, birbirine tamamen uyuyorsa, bu irade beyanı hukuki işlem niteliğini kazanmış olur¹⁷⁹. Bu anlamda hukuki işlemden bahsedebilmek için iradenin yalnız fiilin icra edilmesine değil, aynı zamanda bunun sonucuna da yönelmiş olması gerekir. Hukuki işlem dışındaki hukuki fiiller de, failin iradesi ile hayat bulmasına rağmen, bu fiillerin hukuki sonuçları yapanın iradesi dışında meydana gelmektedir¹⁸⁰.

Hukuki işlemin zorunlu unsuru irade beyanıdır. İrade beyanı olmaksızın, hukuki işlemden bahsetmemiz mümkün değildir. “İrade beyanı, bir kimsenin, bir hakkı veya hukuki

¹⁷⁷ POSTACIOĞLU, İlhan E.; **Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları**, 2. Bası, İstanbul 1964, s. 38; EREN, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2008, 10. Bası, s. 111.

¹⁷⁸ EREN, s. 111.

¹⁷⁹ TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla; **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 1993, s. 38.

¹⁸⁰ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 38.

ilişkiyi meydana getirme, değiştirme veya ortadan kaldırmak için iradesini, dış dünyaya bildirmesi veya doğrudan doğruya icra ederek yürürlüğe koymasındır”¹⁸¹.

İrade beyanı, irade ve beyan olmak üzere iki unsurdan meydana gelir. İrade unsurunun varlığının kabul edilebilmesi için kişide fiil, işlem ve beyan iradesinin bulunması gerekir. Fiil iradesi, dış davranışın yapılmasına yönelik bilinçli bir irade fiilidir. İşlem iradesi ise beyan sahibinin hukuki işlem yapma veya bir hakkı meydana getirme, değiştirme veya ortadan kaldırma iradesidir. Diğer bir ifade ile hukuki sonuç doğurma iradesidir. Hukuki işlemleri, hukuki fiillerden ayıran en önemli unsur da işlem iradesidir. Beyan iradesi ise hukuki işlem yapma isteğini, muhataba beyan etme iradesini ifade eder. İrade beyanın objektif unsuru olan beyan unsuru ise irade unsurunu muhataba karşı açıklanmasıdır¹⁸². Ancak belirttiğimiz üzere, bu irade beyanın hukuki sonuç elde etmeye yönelik olması gerekir. Bu husus, hukuki işlemleri, hukuki işlem benzeri fiillerden ayırır. Hukuki işlem benzeri fiillerde de bir irade açıklaması mevcut olmasına rağmen, bu irade açıklamasının hukuki sonucu elde etmeye yönelik olup olmaması önem arz etmez. Hukuki sonuç elde etmek isteği olsun veya olmasın pratik bir sonuca yönelmiş irade açıklamalarına hukuki sonuç bağlanmışsa hukuki işlem benzeri fiil söz konusu olur. Örneğin, alacaklının ihtarla, alacağını istemesi, bir irade beyanıdır, bu irade beyanına hukukun bağladığı sonuç ise borçluyu temerrüde düşürmektir. Hukukun ihtara bağladığı sonuç olan temerrüt, alacaklının temerrüde düşürme iradesinin olup olmamasına bakılmaksızın meydana gelmektedir¹⁸³. Hukuki işlem benzeri fiilleri, diğer hukuki fiillerden ayıran nokta ise irade açıklamasının mevcut olmasındaki zorunluluktur¹⁸⁴.

Bazı hukuki işlemlerin varlık kazanabilmesi için irade beyanın yanında bir takım unsurlarında var olması gerekebilir. Örneğin, sözleşmelerde, bir tarafın hukuki işlem yapma iradesini açıklaması (icap), sözleşmenin hayat bulması için yeterli olmayıp, karşı tarafında bu irade beyanına uygun, bir irade açıklamasında bulunması gerekir. Bazı durumlarda ise hukuki işlemin mevcut sayılabilmesi için kanunen resmi bir organın katılımı gerekebilir. Mesela, evlilik sözleşmesine yönelik irade açıklamaları ancak resmi evlendirme memurunun önünde yapılırsa hukuki sonuçlarını ortaya çıkaracaktır. Bunun yanında bazı hukuki işlemlerin varlık

¹⁸¹ EREN, s. 118.

¹⁸² OĞUZMAN, Kemal / BARLAS, Nami; **Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, İstanbul 2008, s.168; EREN, s. 119 vd.

¹⁸³ OĞUZMAN / BARLAS, s. 154.

¹⁸⁴ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 39. Hukuki işlem benzeri fiiller, ileride ayrıntılı olarak incelenecektir. Bkz. s. 45 vd.

kazanabilmesi için kanunun belirlediği şekillere uyulması gerekir. Örneğin, tapulu gayrimenkullerin temlikine ilişkin hukuki işlemler ancak tapu memuru önünde resmi senetle yapılabilir¹⁸⁵.

Hukuki işlemler, gerekli irade beyanı açısından tek taraflı hukuki işlemler ve çok (iki veya daha çok) taraflı hukuki işlemler şeklinde sınıflandırılabilir¹⁸⁶.

Hukuki sonucun meydana gelmesi için tek kişinin irade beyanı yeterli ise tek taraflı hukuki işlemde bahsedilir. Tek taraflı hukuki işlemler istisnadır ve ancak kanunun öngördüğü hallerde söz konusu olabilir¹⁸⁷. Bunlara örnek olarak vasiyetname düzenlemek, vakıf kurma, evlilik dışı çocuğu tanıma, nesebin reddi, temsilciyi azletmek, mirasın reddi, fesih, irade beyanındaki sakatlık sebebiyle bir hukuki işlemin iptali, sözleşmeden dönme, tartışmalı olmakla beraber işgal ve ihraz sayılabilir. Tek taraflı hukuki işlemin oluşması için bazı durumlarda, irade beyanın karşı tarafa yöneltilmesi gerekirken, bazı durumlarda irade beyanın açıklanması yeterlidir. Örneğin, temsilcinin azli, muhataba yönelik olarak yapılması gerekirken, vasiyetnamenin herhangi bir kimseye yöneltilmesine gerek yoktur¹⁸⁸.

Hukuki işlem iki veya daha çok kişinin irade beyanı ile oluşuyorsa iki veya çok taraflı hukuki işlemler söz konusu olur. İki (çok) taraflı hukuki işlemlerin en önemlisi sözleşmelerdir. Bunun dışında kararlarda çok taraflı hukuki işlemlerdir. Bunların farkı, irade beyanlarının yöneltildiği noktada kendini gösterir. Sözleşmede, tarafların irade beyanları karşılıklı (birbirlerine yönelik) iken, kararlarda ise birçok kişinin irade beyanları, bir başkasına yöneltilmiştir¹⁸⁹.

Hukuki işlemler için malvarlığı üzerinde doğurduğu etki açısından da bir tasnif yapmak mümkündür. Bu anlamda hukuki işlemler, borçlandırıcı işlemler, tasarruf işlemleri ve kazandırıcı işlemler olmak üzere üçe ayrılırlar. Bu tasnifin önemi teslim, tediye gibi ifa muamelelerin (işlemlerinin) ispatı noktasında kendini gösterir¹⁹⁰.

¹⁸⁵ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 39-40; EREN, 113 vd.

¹⁸⁶ EREN, s. 152,153

¹⁸⁷ EREN, s. 153.

¹⁸⁸ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 42; EREN, s. 42.

¹⁸⁹ EREN, s. 154.

¹⁹⁰ Bu konu, ifa muamelelerinin ispatı bölümünde ayrıntılı olarak incelenecektir. Bkz. s. 95 vd.

Borçlandırıcı işlem, kişinin aktifinde bir değişiklik yapmadan, sadece pasifini (borçlarını) arttıran işlemlerdir. Tasarruf işlemi ise kişinin malvarlığının aktifinde başkası lehine bir azalmayı, değişmeyi veya kısıtlamaya sebep olan hukuki işlemdir¹⁹¹. İki hukuki işlem türü arasındaki farkı bir örnekle açıklarsak; A, B'ye sahibi bulunduğu saati belli bir bedel karşılığında satmayı taahhüt ederse (satım sözleşmesi), A açısından bu sözleşme borçlandırıcı bir işlemdir. Çünkü A, bu sözleşme ile saatin mülkiyetini geçirme borcu üstlenerek, malvarlığının pasifinde bir artışa sebep olmaktadır. Türk hukuku açısından, sadece sözleşmenin yapılması, saatin mülkiyetini A'dan B'ye geçirmediği için, A'nın malvarlığının aktifinde de bir azalma söz konusu olmaz. Saatin mülkiyeti teslim ile B'ye geçer. Bu sebeple, A, satım sözleşmesinden kaynaklanan borcunu yerine getirmek için saati B'ye teslim ederse, bu teslim işlemi tasarruf işlemi olur. Çünkü, A'nın aktifinde bulunan saatin mülkiyeti B'ye geçerek, A'nın malvarlığının aktifinde bir azalmaya sebep olmaktadır. Tasarruf işlemi, genellikle, borçlandırıcı işlemde doğan borcu ifa eden (yerine getiren) işlemdir. Ancak her tasarruf işlemi, bir borcun ifası için yapılmadığı gibi, her ifa da bir tasarruf işlemi değildir. Örneğin, alacağın temlik bir tasarruf işlemi olmasına rağmen, her zaman alacak bir borcun ifası için temlik edilmeyebilir. Bunun yanında, hizmet sözleşmesinin ifası için yapılan hizmet edimi de bir tasarruf işlemi değildir¹⁹². Kazandırıcı işlem ise, bir tarafın malvarlığında artışa sebep olan hukuki işlemlerdir. Bu işlemde doğan kazandırmalar diğer tarafın borçlanma veya tasarruf işleminden kaynaklanabilir¹⁹³. Örnekte belirttiğimiz, saat satım sözleşmesi A açısından bir borçlandırıcı işlem olmasına karşın aynı zamanda kazandırıcı bir işlemdir. A'nın saatin mülkiyetini devretme taahhüdü, bu sözleşmeyi A için borçlandırıcı bir işlem yaparken, B'nin satım sözleşmesiyle, belli bir bedeli A'ya ödemeyi taahhüt etmesi, A'nın malvarlığın da bir artışa sebebiyet verdiği için A açısından bu işlem aynı zamanda kazandırıcı bir işlem olmaktadır.

3.2.2. Hukuki İşlem Benzeri Fiiller

Hukuki işlem benzeri fiiller, teknik anlamda hukuki işlem değildirler. Buna rağmen, özellikleri göz önünde bulundurularak hukuki işlem benzeri fiillere, hukuki işlemlerin tabi

¹⁹¹TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 42; EREN, s. 48-49, s. 160.

¹⁹² EREN, s. 165; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 46.

¹⁹³ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 48-49; EREN, s. 165.

oldukları kurallar kıyas yoluyla uygulanabilir¹⁹⁴. Bu anlamda doktrinde, hukuki işlemlere uygulanan senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kurallarının, hukuki işlem benzeri fiillere de uygulanacağı yönünde görüşler mevcuttur. Bu nedenlerle, hukuki işlem benzeri fiilleri ayrı bir başlık altında ayrıntılı olarak inceleyemeye çalışacağız.

Hukuki işlem benzeri fiillerin mevcudiyeti için hukuki işlemlerdeki gibi bir irade beyanına ihtiyaç duyulmasına rağmen, bu iradenin hukuki sonuca yönelmesine gerek yoktur. Bu anlamda, hukuki sonuç düşünülün yahut düşünülmesin pratik bir sonuca yönelmiş irade beyanlarına hukuki işlem benzeri fiil denir¹⁹⁵.

Hukuki işlem benzeri fiillerinin tipik örneği B.K'nun 101. maddesinde düzenlenen borçluyu temerrüde düşüren ihtardır. Alacaklıda bu ihtarı gönderirken, borçluyu temerrüde düşürme isteği olsun veya olmasın borçlu kanundan dolayı ihtarla birlikte temerrüde düşer. Bu anlamda temerrüt hali, alacaklının iradesinin dışında gerçekleşir. Bu husus, hukuki işlem benzeri fiilleri, hukuk işlemlerden ayıran en önemli noktadır. Çünkü hukuki işlemlerde, hukuki sonucun gerçekleşmesi için iradenin hukuki sonuca yönelmiş olması şartken, hukuki işlem benzeri fiillerde, işlemi yapan kişinin iradesinin sonuca yönelmesine gerek yoktur. Hukuki sonuç, failin iradesi dışında kanundan dolayı doğmaktadır. Hukuki işlem benzeri fiillere örnek olarak, BK'nun 106., 260. ve 288. maddelerinde düzenlenen mehil tayinine ilişkin ihtarlar sayılabilir¹⁹⁶.

Hukuki işlem benzeri fiilleri, diğer hukuki fiillerden ayıran nokta ise zaruri olan irade beyanıdır. Hukuk düzenin öngördüğü sonucun ortaya çıkması için, failin iradesini açıklaması zorunludur.

Yaptığımız kısa açıklamadan sonra hukuki işlem benzeri fiillerin hangi ispat hükümlerine tabi olacağını tartışmamız gerekir. Usul hukukçuları konuyu, bir hukuki işlem benzeri fiil olan borçlu temerrüdüne sebebiyet veren ihtar üzerinden farklı açılardan değerlendirmişlerdir.

¹⁹⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, İstanbul 2008, s. 85; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 39.

¹⁹⁵ OĞUZMAN / BARLAS, s. 154.

¹⁹⁶ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 946; KURU, C. II, s. 2237.

Postacıoğlu, borçlu temerrüdüne sebep olan ihtara ilişkin yaptığı açıklamalarda, bu tür fiillerin, hukuki işlemlerin tabi olduğu senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kurallarına tabi olmayacağını, bu sebeple de şahit dâhil olmak üzere her türlü delille ispat edilebileceğini savunmaktadır¹⁹⁷.

Kuru ise temerrüdün, kanundan dolayı doğduğunu kabul etmesine rağmen, ihtar çekenin irade beyanında, bu sonucu doğurmaya yönelik olduğunu belirterek, ihtarın hukuki işlemler gibi ancak senetle ispat edilebileceğini, bu konuda şahit dinlenemeyeceğini savunmuştur¹⁹⁸.

Yargıtay ise BK'nun 106. maddesinde belirtilen mehil tayinine ilişkin bir kararında, bu ihtarların şekle bağlı olmadan yapılabildiğini kabul etmekle beraber, hukuki sonucun, feshe yönelik olduğunu belirterek, bu ihtarların ancak senetle ispat edilebileceğine karar vermiştir¹⁹⁹.

3.2.3. Hukuki İşlemlerde Uygulanan İspat Kuralları

Yukarıda belirttiğimiz üzere miktar ve değeri kanunda belirtilen sınırı (2010 yılı için 550 TL) geçen hukuki işlemler ve senede bağlanmış iddiaların hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıran, azaltan veya değiştiren hukuki işlemler HUMK'un 288. ve 290. maddeleri uyarınca ancak kesin delillerle ispat edilebilirler.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu' nun 288. ve 290. maddelerinin belirli vakıaların ancak kesin delillerle ispat edilmesini öngörmesine rağmen bu ispat rejimi doktrinde, senetle ispat kuralları (zorunluluğu)²⁰⁰ yahut şahitle ispat yasağı²⁰¹ olarak adlandırılmaktadır. Bu hükümlerin senetle ispat kuralı olarak anılmasının iki temel nedeni vardır. Birincisi, 288.

¹⁹⁷ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 47.

¹⁹⁸ KURU, C. II, s. 2237.

¹⁹⁹ “Borçlar yasasının 106/1. maddesinde sözü geçe ihtar her ne kadar hiçbir şekil şartına bağlı ve tabi değil ise de; akdın 50 lirayı geçmesi dolayısıyla gerek usul kanununun 288. maddesi muvacehesinde ve fesih ihbarının tazammun eden bu ihtarın hukuki bir sonuç olan feshi sağlamak gayesini gütmesi itibarıyla şahit dinlenmesine imkân olmaması yönünden mahkemenin kararı doğrudur ve hüküm onanmalıdır.” (Y. 4. HD. T. 23.02.1968 E. 595 K. 2026 N. 5 s. 6, ERDEMİR, İlter; **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi-Şerh-Kararlar-İlgili Mevzuat C. 2**, 2. Bası, Ankara 1998, s. 1245)

²⁰⁰ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 447-454; KURU, C. II, s. 2198-2325.

²⁰¹ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 5.

maddenin sadece “senet” kelimesini kullanması, İkincisi ise uygulanabilirlik açısından; senedin en önemli kesin delil olmasıdır. Diğer kesin delillerden olan ikrar veya yemin için karşı tarafın katılımına ihtiyaç duyulması, bir diğer kesin delil olan kesin hükmün elde edilmesi için de bu madde uyarınca yine bir kesin delile ihtiyaç duyulmasından dolayı belirtilen delillerin verimli kullanılması her zaman için mümkün olmamaktadır. Buna karşılık senet, karşı tarafın yahut mahkemenin kararına ihtiyaç duyulmaksızın doğrudan ilişkin olduğu vakıayı ispatlamaktadır. Bu hükümlerin, şahitle ispat yasağı olarak anılmasının temel nedeni ise 288. madde metninin mefhumu muhalifinden kaynaklanmaktadır. Bu anlamda, belirli miktarı aşan hukuki işlemler ancak senetle (kesin delillerle) ispatlanabilir. Bu ifadenin mefhumu muhalifi ise kanunda belirtilen miktarı aşan hukuki işlemlerin aşağıda belirteceğimiz istisnalar dışında şahitle (takdiri delillerle) ispatlanamamasıdır²⁰². Bu ispat rejiminin şahitle ispat yasağı olarak adlandırılmasının diğer nedeni ise HUMK’ un 290. maddesinin, hukuki işlemlerin “tanıkla” ispat edilemeyeceğini belirtmesidir.

Belirttiğimiz üzere, bu ispat rejimi doktrinde, senetle ispat kuralları ya da şahitle ispat yasağı olarak adlandırılrsa dahi, bu hükümlerden anlaşılması gereken hukuki işlemlerin kesin delillerle ispat edilebileceği (sadece senet değil) ve bu işlemler hakkında takdiri delillere (sadece şahit değil) başvurulamayacağıdır.

Bu ispat rejiminin temel düzenlenme sebebi ise şahit deliline olan güvensizliktir. Şahide güven duyulmamasının ilk sebebi şahidin hafızasının ve iradesinin birçok etkiye açık olmasıdır. Hukuki ilişkiler ve işlemlerin giderek karmaşık bir hal alması karşısında insan hafızasının bu ilişki ve işlemlere tam olarak vakıf olması beklenemez. Özellikle, hukuki işlemin yapılmasından sonra uzunca bir süre geçmiş ise şahidin hâkime aktarabileceği bilgiler eksik veya yanlış olabilir. Diğer taraftan, şahısların algılama yetenekleri içinde buldukları psikolojik ve fiziksel ortamdan etkilenebilir. Bu anlamda meydana gelmiş vakıalar her şahıs bakımından farklı algılanabilip farklı şekilde aktarılabilir. Şahide güven duyulmamasının diğer nedeni ise yalancı şahitlik tehlikesidir. Toplumdaki her fert, aynı ahlaki seviyede olmayabilir. Hâkimin de kişilerdeki, ahlak ve erdem seviyesini belirlemesi son derece güçtür.

²⁰² “Davacı, inşaat bitiminden sonraki hesaplaşmada, davacılar miras bırakanın borçlu çıktığı 50.500. liranın ödetilmesini istemiştir. Dava hesap görülme sözleşmesine (hukuki işleme) dayanılarak açılmıştır. Dava edilen tutar itibarı ile usulün 288. maddesine göre, davalıların izni dışında olayda tanık dinlenemez. O halde, davanın yazılı belgeye dayanmadığı nedeniyle reddi gerekirken...” (Y. 13. HD. 1978/4124 E. 1978 /4296 K. 19.101978 T. YKD Haziran 1979, s. 847, ERDEMİR s. 1243)

Bu sebeple de her zaman için, şahitlerin menfaat karşılığında yalancı şahitlik yapma riski vardır²⁰³.

Şahide duyulan güvensizliğin yanında doktrinde bazı yazarlar, bu kuralların düzenlenmesinin diğer bir amacının yargılamanın daha hızlı ve pratik yürütülmesine duyulan ihtiyaç olduğunu savunmuşlardır. Bu yazarlar bir vakıanın ispatlanabilmesi için birçok şahidin duruşmaya çağrılmasındaki, dinlenmesindeki ve son olarak da hâkimin şahit delillerini değerlendirmesinde yaşadığı güçlüklerin, yargılama faaliyetini uzattığını, hâlbuki imzası ikrar edilmiş bir senetle, hukuki işlemin derhal ispatlanmış kabul edildiğini, bu anlamda, bu kural ile yargılamanın daha hızlı ve pratik şekilde yürütüldüğünü iddia etmişlerdir²⁰⁴.

Senetle ispat kurallarının hukuki niteliği ise doktrinde uzun süre tartışılmıştır. Baskın görüş, bu kuralların kamu düzenine ilişkin olmadığı yönündedir²⁰⁵. Bu görüşü savunan yazarlara göre eğer bu kurallar kamu düzenine ilişkin olsaydı, HUMK' un 293. maddesinin 4. fıkrası gereğince teamülle yahut HUMK' un 292. maddesi uyarınca yazılı delil başlangıcı ile bertaraf edilemezlerdi. Ayrıca, HUMK' un 287/2 ve 289. maddesinin, taraflara delil sözleşmesi yapma hususunda izin vermesi de bu görüşü destekleyici diğer unsurlardır²⁰⁶.

Aksi yönde senetle ispat kurallarının kamu düzeninden olduğunu savunan yazarların temel dayanakları ise HUMK' un 287. maddesinin 1. fıkrasıdır. Bu madde hükmüne göre kanunun belirli bir delil ile ispatını emrettiği hususlar başka şekilde ispatlanamaz. Bu anlamda HUMK' un 288 ve 290. maddelerinde düzenlenen senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kuralları da, amir hüküm olan HUMK' un 287. maddesinin kapsamındadır. Bu düşünce tarzına paralel olarak, 287. maddenin 2. fıkrasının taraflara verdiği delil sözleşmesi yapma serbestisini de dar yorumlamak gerekir. Bu görüşe göre, tanınan bu serbesti kanunun verdiği sınırlar içinde verilmiş dar bir serbestliktir. Bu sebeple de kanunun senetle ispatını emrettiği vakıalar hakkında delil sözleşmesi yapılamaz²⁰⁷

²⁰³ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 18 vd; TÜZÜN, s. 281.

²⁰⁴ BELGESAY, Musatafa, Reşit; **Yazılı Deliller**, Adliye Cedidesi (Adalet Dergisi), Y. 34 1943, s. 333-334; BERKİN (Senetle İspat), s. 805 vd.

²⁰⁵ KURU, C. II, s. 2198; POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 22 vd; YILDIRIM (Delillerin Değerlendirilmesi), s. 212; KONURALP (Yazılı Delil Başlangıcı), s. 35.

²⁰⁶ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 22 vd.; YILDIRIM (Delillerin Değerlendirilmesi), s. 212; KONURALP (Yazılı Delil Başlangıcı), s. 35.

²⁰⁷ BERKİN, s. 146 vd; BELGESAY (Yazılı Deliller), s. 334.

Yargıtay ise, baskın görüşün gerekçelerini esas alarak, delil sözleşmesini de konu olan İçtihadı Birleştirme Kararı ile senetle ispat kuralının kamu düzenine ilişkin olmadığına karar vermiştir²⁰⁸.

Doktrinde, senetle ispat kurallarının gerekliliği konusunda da görüş birliği mevcut değildir. Senetle ispat kurallarına taraftar olan yazarların yanında bu kuralları eleştiren yazarların sayısı da azımsanmayacak kadar çoktur. Bu kuralları eleştiren yazarların ortak gerekçesi ise senetle ispat kurallarının, medeni usul hukukunun temel amacı olan maddi gerçeğe ulaşmaya engel olmasıdır²⁰⁹.

Örneğin Berkin' e göre senetle ispat kuralların tam olarak uygulandığı hallerde gerçek hakkın ortaya çıkması güçleşmektedir. Yazar görüşünü verdiği örnekle şu şekilde gerekçelendirmiştir. “Zira kanunun yasak saydığı hususun hukuki muamelenin dayanağı olan belgede açıkça gösterilmemiş olmasına rağmen mevcut sayılabildiği hallerde, haksız taleplerin reddine imkân verilmemektedir. Örneğin, bir karz aktinde kanunen yasak olan fahiş faizin gösterilmeden bunun anaparaya zammedilerek belgelendirilmesi halinde, borçlu kendisinden fahiş faiz talep edildiğini ispat etmek imkânından mahrum kalacaktır”²¹⁰.

3.2.3.1. Senetle İspat Kuralı

Hukuki işlemlerin hangi delillerle ispatlanabileceğine ilişkin ilk kural yukarıda belirttiğimiz üzere HUMK' un 288. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca; “Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin,

²⁰⁸ “Usulün 287. maddesinin birinci cümlesinde kanunun ispatını belli bir şekle bağladığı vakıaların başka bir delil ile ispat olunamayacağı esası konulmuş olmakla beraber aynı maddenin ikinci cümlesine bir delil mukavelesinin yapılmış olduğu hallerde mukaveleye konu olan vakıanın başka bir delil ile ispat olunamayacağı kabul edilmekle delil konusunda tarafların anlaşmalarının muteber bulunduğu esası benimsenmiştir. Delil mukavelesinin caiz olduğu delilin nevi bakımından kayıtsız, şartsız kabul edildiği cihetle, şahitle ispat edilemeyen bir vakıanın belli şahitlerle ispatı için delil mukavelesi yapılması mümkün olacaktır. Şahitle ispat yasağının müstesnalarını bildiren usulün 293. maddesinin 4. bendinde adet sebebiyle dahi şahitle ispat yasağının kalkacağı hükmü konulmuştur. Şahitle ispat yasağına ilişkin hükümler, amme intizamı düşüncesine dayanılarak konulmuş olsaydı tarafların mukavelesiyle ve bilhassa adet ile bu hükümlerin tatbikinin önlenmesi kabul edilmezdi. Bundan başka, usulün 292. maddesi uyarınca yazılı delil başlangıcı bulunması halinde şahit dinlenmesinin kabul edilmesi dahi bu konuda amme intizamının cari olmamasındandır. Demek ki, kanunun metninden söz konusu hükümlerin amme intizamı düşüncesiyle konulmuş olmadığı açıkça anlaşılmaktadır.” (Y. İBK. 1958/18 E. 1959/21 K. 18.03.1959 T., RG.22.06.1959, s.10237, Kazancı otomasyonu).

²⁰⁹ TERCAN, s. 7; BERKİN (Delillerin Takdiri), s. 148; YILDIRIM (Delillerin Değerlendirilmesi), s. 211-212.

²¹⁰ BERKİN (Delillerin Takdiri), s. 148.

yapıldıkları zamanki miktar ve değeri beş yüz elli lirayı (2010 yılı için) geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir”. Hemen belirtmekte fayda var ki her ne kadar kanun da, hukuki işlemlerin senetle ispatlanabileceği ifade edilmişse de burada belirtilmek istenen husus belirli miktarın üstündeki hukuki işlemlerin kesin delillerle ispatlanabileceğidir²¹¹. Örneğin, satım, karz, vedia, ariyet, kira veya vekâlet gibi sözleşmelerinin mevcut olduğu iddiası sadece senetle değil, diğer bütün kesin delillerle de ispat edilebilir. Kural olarak, bu hukuki işlemler hakkında takdiri delillere (şahide) başvurulamaz. Aynı şekilde, bu sözleşmelerin kendileri değil de, bir şartları çekişmeli ise bu şartların mevcudiyeti de ancak kesin delillerle ispat edilebilir. Örneğin, satım sözleşmesinde belirtilmeyen veresiye satış iddiası ancak kesin delillerle ispat edilebilir. Yine eser sözleşmesinde düzenlenmemiş cezai şartı iddia eden kişi, bu iddiasını ancak senetle ispat edebilir²¹². Ancak, Yargıtay, ihtilafli olmayan sözleşmenin bedelinin bazı hallerde şahitle ispat edilebileceğine hükmetmiştir²¹³.

Yukarıda belirttiğimiz üzere sözleşmeler, birer hukuki işlem olmaları itibariyle, kesin delillerle ispatlanabilirler. Ancak Yargıtay, aksi kararları mevcut olmakla beraber, ekseri kararlarında, işçiyi koruma düşüncesiyle hizmet sözleşmesinin şahitle de ispat edilebileceğini kabul etmiştir²¹⁴.

²¹¹ KURU, C. II, s. 2198.

²¹² KURU, C. II, s. 2208, s. 2227.

²¹³ Bu konu hakkındaki ayrıntılı açıklamalar ve Yargıtay kararları için bkz. s. 66.

²¹⁴ “Davacı, davalıya ait ortaklıkta müdürlük yapmış olması sebebiyle gerçekleşen alacaklarının ödetilmesini istemiştir. Davalı taraf ise bu iddianın gerçeğe aykırı olduğunu savunmuştur. Davacı iddiasını tanıklarla ispat etmek istemiş olmasına rağmen mahkeme dava edilen para miktarı bakımından bu isteği reddetmiştir. Hâlbuki tanıkla ispat edilmek istenen hizmet vakıasıdır. Bir vakıanın tanıkla ispat edilemeyeceği hakkında herhangi bir hüküm, Usul kanunda yer almış değildir.” (Y. 9. HD. 1967/6448 E. 1967/6129 K. 04.07.1967 T. KURU, C. II, s. 2233). Aynı görüşte; ÖZDEMİR, Erdem; **İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları**, İstanbul, 2006, s. 69. Yazar görüşünü şu şekilde gerekçelendirmiştir: “Öncelikle iş sözleşmesi tarafları eşit konumda kimseler değildir. Özel hukuk alanında, bir tarafın diğerine üstünlüğünün en üst seviyeye ulaştığı sözleşme, iş sözleşmesidir. İşverene karşı bağımlı durumda olan işçinin, yazılı belge düzenlenmesi konusunda baskı yapabilecek bir konumda olmadığı açıktır. İkinci olarak iş sözleşmesi, ifası zamana yayılan bir sözleşmedir ve işçinin iş görme borcunu eylemsel olarak gerçekleştirdiği gözden uzak tutulmalıdır.” Aksi görüşü savunan Ürcan’a göre ise iş sözleşmesinin senetle ispat kuralları kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Şöyle ki: “İspat kurallarında iş sözleşmesi için herhangi bir istisna tanınmadığına göre ve Yargıtay’ın gerek iş sözleşmesinin gerekse vedia, kira, eser sözleşmesi gibi diğer sözleşmelerin varlığını yasaya uygun olarak, kesin delille ispat kuralı çerçevesinde ele alan içtihatlarının beraberce değerlendirilmesinden, iş sözleşmesinin de senetle (kesin delille) ispat kuralına tabi olduğu sonucuna ulaşmak gereklidir.” (ÜRCAN, Gülümden; **Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Senetle İspat**, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 785).

Senetle ispat zorunluluğunun kapsamı açısından hukuki işlemin tek taraflı yahut sözleşmelerde olduğu gibi iki taraflı olmasının bir önemi yoktur. Kural olarak, tek taraflı hukuki işlemler de HUMK'un 288. maddesinin öngördüğü ispat rejimine tabidir. Yine aynı şekilde yapılan hukuki işlemin borçlandırıcı işlem-kazandırıcı işlem yahut da tasarruf işlemi olması, senetle ispat kuralının uygulanması açısından bir fark oluşturmaz. Bu anlamda, taraflarca yapılan davranışın hukuki işlem niteliğinde olması yeterlidir²¹⁵.

Belirttiğimiz üzere, senetle ispat kuralı hukuki işlemlerin ispatı için düzenlenmiş bir kuraldır. Ancak, bu kural her hukuki işlem için değil miktar ve değeri kanunda belirtilen miktarı geçen hukuki işlemler için caridir. 2010 yılı için bu miktar 550 TL. olup, her sene artmaktadır. Hukuki işlemin miktarı ve değeri yapıldığı tarih esas alınarak belirlenir (HUMK m.288). Bu anlamda hukuki işlemin yapıldığı zamanki değeri kanunda belirtilen sınırdan az ise bu işlem hakkında şahit dinlenebilecektir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu' nun 288. maddesinde belirtilen ispat sınırı, hukuki işlemin tümünün değerine göre belirlenir²¹⁶. Örneğin, yapıldığı zamanki miktar veya değeri, kanunda belirtilen ispat sınırında fazla olan hukuki işlemin miktarı, ödeme veya ibra gibi bir nedenden dolayı ispat sınırının altına düşse dahi yine de senetle ispatı lazım gelir (HUMK m.288/2). Aynı kural, kanunda belirtilen miktarı aşan hukuki işlemde doğan hakkın, bir kısmının dava edildiği durumlarda da geçerlidir. Bu anlamda, bir kimse sözleşmeden kaynaklanan 5000 TL'lik alacak hakkının, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak 300 TL'lik kısmını dava etmiş olsa dahi, iddiasını şahitle değil senetle ispat etmek zorundadır.

Aynı şekilde, aynı sebepten kaynaklanan ancak parça parça karşı tarafa verilen alacağın toplamı 288. maddede belirtilen ispat sınırından fazla ise, parça parça verilen kısımların miktarları, 288. maddede belirtilen sınırdan aşağı olsa bile bu iddialar, ancak senetle ispat edilebilirler, bunlar hakkında şahit dinlenemez²¹⁷.

²¹⁵ Hukuki işlemlerin çeşitli görünüş biçimleri ve bu biçimlerin örnekleri için bkz. s. 42 vd.

²¹⁶ KURU, C. II, s. 2244.

²¹⁷ KURU, C. II, s. 2244. "Kardeşi Osman'ın evlenme muamelesine ait evrakın tasdiki için davalı muhtar kendisinden bir defada 60 ve ikinci defada 25 lira olmak üzere toplam 85 lira aldığı halde resmi evlenme muamelesi yapmadan kardeşinin alacağı kız başkası ile evlenmiş olduğundan bu sebeple verdiği 85 liranın tahsili isteminde dairdir. Karar; Davalının davacıdan 25 lira aldığı şahadetle sabit olduğundan 25 liranın davalıdan tahsiline ve sabit olmayan (senetle ispat edilemeyen) 60 lira hakkındaki iddianın reddine karar verildiği hakkındadır. 3. HD Kararı: Davacı aynı hukuki (maddi olması gerekir) sebebe müsteniden verdiği toplam 85 liranın tahsilini talep etmiştir. Para ceste ceste (parça parça) verilmiş olsa dahi tamamı aynı sebeple eda edilmiş ve 50 lirayı müteceviz bulunmuş olduğundan Usulün 288. maddesinin koyduğu kuraldan kendisini kurtaramaz.

Objektif dava birleşmesinde ise, (davacının bir dava ile birçok alacağını talep etmesi), talep edilen her alacak bağımsızdır ve aslında ayrı bir dava konusu yapılabilir. Bu sebeple, birleştirilen alacakların toplamı, kanunda belirtilen sınırdan fazla olsa bile, senetle ispat kuralını, her alacak için ayrı ayrı belirlemek gerekir²¹⁸. Aynı prensip, ihtiyari dava arkadaşlığının söz konusu olduğu davalar için de geçerlidir. İhtiyari dava arkadaşlığında, her dava arkadaşının davası birbirinden bağımsız olduğundan, senetle ispat kuralını belirleyen kanuni sınır, her bir arkadaşın davası için ayrı ayrı belirlenmelidir²¹⁹.

Kira yahut hizmet sözleşmeleri gibi devri edimleri ihtiva eden hukuki işlemlerin ispatında, senetle ispat kuralını belirleyen kanuni sınır, hukuki işlemin toplam süresine göre belirlenir. Toplam alacak, kanunda belirtilen sınırın üstünde ise, aylık kira bedeli, ispat sınırından az olsa dahi, hukuki işlem senetle ispatlanmalıdır. Bu konuda şahit dinlenilemez. Örneğin, taraflar arasında bir yıllık kira sözleşmesi yapılmışsa, kanuni sınır bir yıllık toplam kira alacağına göre belirlenir. Bu sözleşme iki yıllık ise, iki yıllık toplam kira alacağına göre ispat sınırı belirlenir²²⁰.

Senetle ispat kuralı, hukuki işlemin tarafları için geçerlidir. Hukuki işlemin tarafı olmayan üçüncü kişiler, hukuki işlemi ve bu işlemin niteliğini her türlü delille ispat edebilirler²²¹. Çünkü hukuki işlemin tarafı olmayan üçüncü kişilerin, taraflar arasında vuku bulmuş bir hukuki işlem hakkında yazılı belge bulmaları maddi anlamda imkânsızdır.

Bu cihet göz önünde tutulmadan bakiye 25 liranın da şahitle ispatına müsaade olunması yolsuzdur.” (3. HD. 1953/5054 E. 1953/3506 K. 18.05.1953, KURU, C.II, s. 2245).

²¹⁸ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 108; KURU, C. II, s. 2242.

²¹⁹ KURU, C. II, s. 2243.

²²⁰ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 108-109; KURU, C. II, s. 2242.

²²¹ Fer’i müdahilin davanın tarafı olmamasına rağmen tarafın yardımcısı olarak taraf gibi usuli işlemler yaparak, delil gösterebilmesi karşısında (PEKCANITEZ, Hakan; **Medeni Usul Hukukunda Feri Müdahale**, Ankara 1992, s. 142.), fer’i müdahilin senetle ispat kuralına tabi olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Kanaatimizce, fer’i müdahil, davanın taraflarının tabi olduğu ispat hükümlerine tabidir. Aksi düşünce tarzının kabulü, senetle ispat kurallarının bertaraf olmasına sebebiyet verecektir. Asile verilmeyen şahit dinletme hakkı, asilin yardımcısı olan fer’i müdahile verilmesi halinde, davaların büyük çoğunluğunda şahit dinletmek mümkün olacaktır. Örneğin, kollektif şirketin borçlu taraf olduğu bir hukuki işlemin, konu olduğu bir davada, davalı kollektif şirketin ortaklarının davaya fer’i müdahil olarak katılması mümkündür (Çünkü alacaklı, kollektif şirketin borcundan dolayı ortakları takip edebilir.) Böyle bir durumda, kollektif şirketin tabi olduğu senetle ispat kuralının, ortaklar açısından uygulanmaması düşünülemez. Aksi halde, alacaklı tarafın alacağının varlığını senetle ispat etmek zorunda olmasına rağmen, borçlu şirket, yardımcılarını (ortakları) vasıtasıyla borcu ifa ettiğini şahitle ispat edebilir. Bu durum ise hukukun temel ilkelerinden olan silahların eşitliği ilkesine aykırıdır.

3.2.3.2. Senede Karşı Senetle İspat Kuralı

Hukuki işlemlerin ispatını düzenleyen ikinci kural HUMK' un 290. maddesinde belirtilen senede karşı senetle ispat kuralıdır. Bu madde uyarınca; “senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı defî olarak ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler 550 TL’den az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz.” Örneğin satım sözleşmesinde, satın alınan bir malın parasının ödendiğinin (tediyenin), yahut menkul bir malın mülkiyetinin alıcıya teslim ile geçirildiği ancak senetle ispat edilebilirler. Aynı şekilde kira parasının ödendiğinin²²², kambiyo senedinin anlaşmaya aykırı doldurulduğunun ya da karşılıksız olduğunun ispatı şahitle yapılamaz. Bu tür iddiaların, HUMK’ un 290. maddesi uyarınca senetle ispat edilmeleri gerekir²²³.

Bu kural, maddenin açıkça ifade ettiği üzere senede bağlı olan iddiaya karşı ileri sürülen hukuki işlemlerin ispatı için uygulama alanı bulur. Senede karşı ileri sürülen iddia, hata, hile tehdit gibi hukuki işlem niteliğinde olmayan bir fiil ise şahitle ispat olunabilir.

Senede karşı senetle ispat kuralı, HUMK m. 288’ de düzenlenen senetle ispat kuralına göre daha geniş uygulama alanına sahiptir. Senetle ispat kuralı, belirli miktarın altındaki hukuki işlemlerin takdiri delillerle ispat edilebilmesine izin verirken, senede karşı senetle ispat kuralında miktar sınırlaması olmaksızın bu kural kapsamındaki her türlü hukuki işlem, senetle ispat edilmek zorundadır²²⁴. Ayrıca, aşağıda ayrıntılı inceleneceği üzere, HUMK’ un 290. maddesinin istisnaları HUMK’ un 288. maddenin istisnalarından daha azdır. Örneğin, m.293/1 uyarınca yakın akrabalar arasındaki hukuki işlemler şahitle ispat edilebilir, ancak eğer bu hukuki işlem taraflarca senede bağlanmışsa, bunun hüküm ve değerini azaltacak

²²² Kiracı, kira parasını ödediğini ancak senetle ispat edebilir. Buna karşılık; kiracı, kira bedelinin, kiralayan tarafından teslim alınmadığını şahit dâhil her türlü deliller ispat edebilir. “Kiralayanın edayı reddetmesi bir hukuki muamele değil, bir maddi vakıadır. Usulün 288. ve sonraki maddelerinde, maddi vakıaların değil, ancak hukuki muamelelerin ispatı bakımından şahit dinlenemeyeceği kabul edilmiş bulunmaktadır. Demek ki maddi vakıalar şahit dinleme yasağının şümulü dışında kalmaktadır ve bu itibarla alacaklı kiralayanın parayı almaktan kaçındığının şahitle ispatına kanun bakımından bir engel yoktur. Bir an için parayı almaktan kaçınmanın bir hukuki muamele olduğu farzedilse dahi şahit ispat usulün 293. maddesinin 4. bendi hükmünce yine mümkün olacaktır. Zira parayı almaktan kaçınmış olan kiralayanın bu kaçınmasını tespit etmek üzere kiracıya bir senet vermiş olması ve kiracının kiralayandan böyle bir senet istemiş olması adet bakımından asla düşünülemez.” (Y. İBĞK. 1957/23 E.1959/20 K. 11.03.1959 T. Kazancı otomasyonu).

²²³ Senede karşı senetle ispat kuralı hakkında daha fazla örnek için bkz. KURU, C. II, s. 2325.

²²⁴ KURU, C. II, s. 2325.

hukuki işlemler artık şahitle ispat edilemez. Aynı şekilde HUMK' un 293/4. maddesi uyarınca senede bağlanmaması teamül haline gelmiş bir hukuki işlem senede bağlanmışsa, bu hukuki işlemin aksine ileri sürülen hukuki işlemlerin her halükarda senetle ispat edilmesi gerekir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, senede karşı senetle ispat kuralından anlaşılması gereken, kesin delillerle ispat edilen bir vakıanın hüküm ve kuvvetini kaldıran, değiştiren veya azaltan iddiaların takdiri delillerle ispat edilemeyeceği ancak kesin delillerle ispat edilebileceğidir. Bu anlamda senede karşı defi olarak ileri sürülen bir vakıa yemin veya ikrar ile ispatlanabileceği gibi aleyhe ileri sürülen senedin hüküm ve kuvvetini azaltan, değiştiren veya kaldıran senedin, aleyhe ileri sürülen senetle aynı ispat gücüne sahip olmasına da gerek yoktur. Örneğin resmi bir noter belgesi ile ispat edilen sözleşmeden kaynaklanan para borcunun ifa edildiği yemin yahut imzası ikrar edilmiş adi senetle de ispat edilebilir²²⁵.

Senetle ispat kuralında olduğu gibi senede karşı senetle ispat kuralı da hukuki işlemin tarafları için geçerlidir. İki kişi arasında vuku bulmuş bir hukuki işlem aleyhine ileri sürülebilecek bir hukuki işlem hakkında üçüncü kişilerin, yazılı delil bulması imkânsızdır. Bu sebeple üçüncü kişiler, tarafı olmadıkları hukuki işlemin hüküm ve değerini düşürecek iddialarını her türlü delille ispat edebilirler. Örneğin hukuki işlemin muvazaa nedeniyle hükümsüz olduğunu, hukuki işlemin tarafları ancak senetle ispatlayabilirken, üçüncü kişiler, tarafı olmadıkları bu hukuki işlemin muvazaalı olduğunu şahit dâhil her türlü delille ispat edebilirler²²⁶.

3.2.4. Hukuki İşlemlerin İspatında Şahit Dinlenebilecek Haller

Fransız Hukukundan esinlenerek hukukumuzda dâhil edilen senetle ispat kuralları, belirli miktarı aşan hukuki işlemlerin ve senede bağlanmış iddialara karşı defi olarak ileri sürülen hukuki işlemlerin kesin delillerle ispatını öngörmüştür. Burada güdülen temel amaç sübjektif yönleri ağır basan takdiri delilleri bertaraf edip, tarafların menfaatlerinin tam olarak korunmasıdır.

Tarafların menfaatlerinin korunmasına ve hukuki anlamda bir birliği sağlamaya yönelmiş senetle ispat kurallarına sıkı şekilde bağlılık, düzenleniş amaçlarına aykırı olarak bazı hallerde tarafların haklarının kaybolmasına da yol açabilir. Örneğin, hukuki işlemin

²²⁵ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 426.

²²⁶ KURU, C. II, s. 2369.

tarafları maddi veya manevi bir sebepten dolayı aralarındaki işlemi senede bağlayamamış olabilirler yahut düzenlenmiş senedi ellerinde olmayan sebeplerle kaybetmiş olabilirler veyahut da ellerindeki belge senet niteliğinde olmasa bile, hukuki işlemin mevcudiyeti hakkında hâkime bir kanaat veriyor olabilir. İşte örnek kabilinden saydığımız bu gibi durumlarda, senetle ispat kurallarına sıkı bağlılık, var olan hakkın teminini önleyebilir. Kanun koyucu da, senetle ispat kurallarının bu sakıncalarını göz ardı etmeyerek bu kurallara bazı istisnalar öngörmüştür. Aşağıda bu istisnaları, diğer bir ifade ile hukuki işlemler hakkında şahit dinlenebilecek halleri incelemeye çalışacağız.

3.2.4.1. Yazılı Delil Başlangıcı (Tahriri Mukaddimeî Beyyine)

3.2.4.1.1. Genel Olarak

Senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kurallarının en önemli istisnalarından biri HUMK'un 292. maddesinde düzenlenen yazılı delil başlangıcıdır. Kural olarak, kesin delillerle ispat edilmesi gereken bir hukuki işlem hakkında yazılı delil başlangıcı mevcutsa, ispata konu hukuki işlem hakkında takdiri delillere (şahide) başvurulabilir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu' nun 292. maddesinin ikinci fıkrası yazılı delil başlangıcını şu şekilde tanımlamıştır. “Mukaddimeî beyyine, müddeabihin tamamen sübutuna kâfi olmamakla beraber bunun vukuuna dalalet eden ve aleyhine ibraz edilmiş olan taraf canibinden verilen evrak ve vesaihtir.”

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu' nun 292. maddesinin birinci fıkrası uyarınca “Kanuni delil (senet) ile ispatı gereken bir husus hakkında yazılı delil başlangıcı varsa, söz konusu husus şahitle ispat edilebilir”. Madde metninden de anlaşılacağı üzere yazılı delil başlangıcı, HUMK' un 288. ve 290. maddeleri kapsamında kesin delillerle ispatı gereken hallerde uygulama alanı bulur. Bu anlamda hukuki işlemlerin ispatı dışında yani takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu hallerde, gösterilen delil, yazılı delil başlangıcı olsa dahi bu şekilde nitelendirilmesine gerek kalmaksızın, hâkim tarafından serbestçe takdir edileceğinden (kesin delillerle ispatı gereken haller dışında) yazılı delil başlangıcına doğrudan başvurmaya gerek kalmaz²²⁷.

Uygulama alanı dikkate alınarak yazılı delil başlangıcının, senetle ispat kurallarını bertaraf eden takdiri bir delil olduğu söylenebilir. Bu sebeple, yazılı delil başlangıcı hâkimi

²²⁷ ÜSTÜNDAĞ, s. 678; KONURALP (Yazılı Delil Başlangıcı), s. 35.

bağlamaz. Dolayısıyla bir hukuki işlemin varlığına işaret edip etmediği, hâkim tarafından serbestçe takdir olunur. Yine takdiri bir delil olması itibarıyla, yazılı delil başlangıcının aksi her türlü delille ispat olunabilir²²⁸.

Yazılı delil başlangıcı, senetle ispat kurallarını hafifleten bir kavramdır. Bu anlamda yazılı delil başlangıcı, vakıanın varlığına delalet etme özelliği ile karineye benzer. Ancak, karineden farklı olarak, genellikle yazılı delil başlangıcına dayanan tarafın, bu belgeyi teyit edecek başka delilleri de ibraz etmesi gerekir²²⁹. Her ne kadar 292. maddenin 1. fıkrası yazılı delil başlangıcının varlığı halinde, şahit dinlenebileceğini ifade etmişse de, hâkim yazılı delil başlangıcın mevcudiyeti halinde diğer delillere de doğrudan başvurabilir. Örneğin yazılı delil başlangıcının mevcut olması durumunda hâkim, şahit dinlemeden resen yemin teklif ederek vakıayı ispat edilmiş (veya ispat edilmemiş) kabul edebilir. Bunun yanında eğer hâkim yazılı delil başlangıcı ile birlikte şahit dinlemiş ve şahit beyanı ile yeterli bir kanaate ulaşamamışsa, bu aşamadan sonra da diğer delillere başvurabilir. Örneğe dönersek şahit dinledikten sonra elinde yazılı delil başlangıcı olan tarafa resen yemin teklif edebilir²³⁰.

Prensip olarak, yazılı delil başlangıcının başka delillerle desteklenmesi gerekirse de doktrinde, yazılı delil başlangıcının, ispatın konusunu oluşturan hukuki işlemin unsurlarını ikna edici bir şekilde doğrulaması halinde şahit beyanına veya diğer takdiri delillere müracaat etmeye gerek kalmaksızın, hukuki işlemin ispat edilmiş kabul edilebileceği savunulmaktadır²³¹.

Yazılı delil başlangıcının mevcut olabilmesi için üç unsurun birlikte bulunması gerekir. İlk olarak yazılı delil başlangıcı için yazılı bir belge bulunmalıdır. İkinci olarak, belgenin aleyhine ibraz edilen kişi tarafından düzenlemiş olması gerekir. Son olarak da yazılı

²²⁸ TİFTİK, s. 257; KONURALP (Yazılı Delil Başlangıcı), s. 35; ERTURGUT, Mine, **Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi**, Ankara 2004, s. 255. Konuralp, yazılı delil başlangıcının, takdiri bir delil olduğunu şu şekilde gerekçelendirmiştir; “Eğer bir delile kanuni bir güç (kesin delil gücü) verilmemişse hâkim o delili serbestçe takdir eder. Yazılı delil başlangıcına da (senetten ve diğer kesin delillerden farklı olarak) bu güç verilmediğinden, yazılı delil başlangıcı sayılan bir delilin gerçeği temsil edip etmediği de hâkim tarafından serbestçe takdir edilecektir; yani yazılı delil başlangıcı takdiri bir delildir”.

²²⁹ TİFTİK, s. 242.

²³⁰ KONURALP (Yazılı Delil Başlangıcı), s. 145.

²³¹ TİFTİK, s. 257; KONURALP (Yazılı Delil Başlangıcı) s. 145; POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 156.

belgenin inandırıcı olması, diğer bir ifade ile ispata konu hukuki işlemi tam olarak ispat edemese de varlığına işaret etmesi gerekir²³².

3.2.4.1.2. Yazılı Delil Başlangıcının Unsurları

3.2.4.1.2.1. Yazılılık

Yazılı delil başlangıcını tanımlayan HUMK' un 292. maddesi uyarınca, yazılı delil başlangıcı evrak ve vesaiettir. Evrak ve vesaiet kavramından anlaşılması gereken ise yazılılıktır. Bu şart, yazılı delil başlangıcının biçimini belirleyen maddi unsurdur²³³. Bu sebeple, yazılı delil başlangıcı olduğu iddia edilen belge, aleyhine ibraz edilen kişinin elinden çıkıp çıkmadığını mukayeseye imkân verecek ölçüde yazıyı içermelidir²³⁴. Bu anlamda, aleyhine ibraz edilecek kişinin el yazısı ile yazılmış (ancak imzasını içermeyen) belgeler yazılı delil başlangıcı teşkil eder. Örneğin, el yazısı ile yazılmış ancak imzasız olan mektuplar, hatıra defterleri ve belgeler yazılı delil başlangıcı sayılırlar²³⁵. Aynı şekilde, imzası bulunmayan kambiyo senetleri dahi aleyhine ibraz edilen kişinin el yazısı ile doldurulmuş ise yazılı delil başlangıcı teşkil ederler²³⁶.

Diğer taraftan üçüncü bir kişinin el yazısıyla veya bir makine vasıtasıyla yazılmış ve aleyhine ibraz edilecek kişinin imzasını taşıyan belgeler de, hukuken senet niteliklerinin bulunmaması koşuluyla yazılı delil başlangıcının maddi unsurunu karşılayabilirler. Örneğin, zamanaşımına uğramış kambiyo senetleri, asıl borç ilişkisi için on yıllık zamanaşımı süresi içinde açılmış alacak davalarında yazılı delil başlangıcı sayılırlar²³⁷. Aynı şekilde kanuni unsurlarında eksiklik bulunması nedeniyle kambiyo senedi sayılmayan (örneğin, keşide yeri bulunmayan çek vb.) belgeler de, belgede belirtilen alacak bakımından yazılı delil başlangıcı sayılırlar²³⁸.

²³² PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s.449-450; ALANGOYA / YILDIRIM / YILDIRIM, s.390.

²³³ YAVUZ, Nihat; **Yazılı Delil Başlangıcı**, AD, Y.68, Mayıs-Haziran-Temmuz-Ağustos, S. 3-4, 1977, s. 290; KONURALP (Yazılı delil başlangıcı), s. 40-41.

²³⁴ TİFTİK, s. 244.

²³⁵ KURU, C. II, s. 2291; TİFTİK, s. 245.

²³⁶ KONURALP (Yazılı delil başlangıcı), s. 63-64.

²³⁷ YÜKSEL, Armağan Ebru Bozkurt; **İspat Hukuku Bakımından Kambiyo Senetleri**, BATİDER 2008, C.VXXIV, S. 33, s. 513; KURU, C. II, s. 2302; KONURALP (Yazılı delil başlangıcı), s. 67-73.

²³⁸ BOZKURT, s. 508 vd; KONURALP (Yazılı delil başlangıcı), s. 64-66; KURU, C. II, s. 2307.

Vergi ve servet beyannamesindeki gelirler ve borçlar, mükellef aleyhine yazılı delil başlangıcı teşkil edebilirler²³⁹.

Görüntü ve ses kayıtları ile fotoğraflar yazılı olmadıkları için yazılı delil başlangıcı sayılmazlar²⁴⁰. Bu tür kayıtlar hukuka uygun bir şekilde elde edilmişlerse özel hüküm sebebi olarak keşfe konu olabilirler²⁴¹.

Bunların yanında bazı belgelerin yazıllık unsurunu taşıyıp taşımadığı tartışmalıdır. Örneğin, aleyhine ibraz edilecek kişinin el yazısı ile yazılmamış ve şahsın imzasını da taşımayan ancak o kişiye ait bir paraf veya parmak izi taşıyan belgeler yazılı delil başlangıcı sayılacak mıdır? Doktrindeki baskın görüş uyarınca eğer paraf, imza gibi sahibini belirtebilecek kadar ayırt edici ise parafı taşıyan belgenin yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmesi, kanunun lafzına olmasa da ruhuna uygun olacaktır²⁴².

Parmak izli senetler hakkında ise doktrin ve Yargıtay farklı görüşlere sahiptir. Postacıoğlu, parmak izi taşıyan belgeleri, parmak izinin yeteri derecede karşılaştırmaya elverişli olması halinde ve ancak somut olayın özelliklerine göre belirli hallerde yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilebileceğini savunmaktadır²⁴³. Yargıtay ise yerleşmiş içtihatlarında HUMK'un 297. maddesinde belirtilen usule uygun olarak onaylanmamış parmak izli senetleri, teknik anlamda senet olarak kabul etmediği gibi adeta bunları yok sayarak yazılı delil başlangıcı olarak da kabul etmemektedir²⁴⁴. Konuralp ise Yargıtay kararlarını ve

²³⁹ KONURALP (Yazılı delil başlangıcı), s. 60-62; KURU, C. II, s. 2309. “ Mükellef tarafından Maliyeye verilen vergi beyannamesinde gayrimenkulün kirası gelir sütununda gösterilmiş ise kiranın tahsil edildiğine dair delil başlangıcı olur. Delil başlangıcının mutlaka ilgiliye yöneltilmiş bir irade açıklamasını taşıyan bir belge olması şart değildir. Bu beyanname diğer delillerle de doğrulanırsa savunma sabit sayılır” (4. HD 22.1.1965 E/1482, KURU, C. II, s. 2309).

²⁴⁰ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 449; TİFTİK, s. 245.

²⁴¹ Klemens Pleyer; **Alman Hukuk Usulünde Ses Alma Cihazları İle Tespit Edilen Seslerin İspat Vasıtası Olarak Kullanılması**, Çev; Baki, Kuru, AÜHFD, C. 16, S. 1, 1959, s. 324.

²⁴² KİPER, Osman; **Hukuk Davalarında Kanıtlar**, Ankara 1995, s. 124; POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 267-268. Aynı görüşte TİFTİK, s. 245. Kuru da, makine ile yazılmış ve aleyhine ibraz edilecek kişinin parafını taşıyan belgeleri yazılı delil başlangıcı olarak kabul etmektedir. Yazar, aynı şekilde makine ile yazılmış, imza ve parafı içermeyen ancak aleyhine ibraz edilecek kişinin el ile yazmış olduğu çıkıntıları ihtiva eden belgeleri yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir. Bkz. KURU, C. II, s. 2293-2294.

²⁴³ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 267-268; TİFTİK, s. 246.

²⁴⁴ Y. İBGK. 1930/29 E.1930/30 K.12.11.1930 T. (Kazancı otomasyonu). Aynı yönde; KURU, C. II, s. 2312. Bu konudaki diğer görüşler için bkz. s. 17.

Postacıoğlu'nun gösterdiği tereddüdü eleştirerek kesin bir şekilde; imza ve yazının taklit edilebilme ihtimaline karşın parmak izinin, sahibini kesin olarak belirlediği ve taklit edilemeyeceğini belirterek, parmak izli belgelerin yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır²⁴⁵.

Bu noktada HUMK'un 297. maddesi uyarınca usulüne uygun olarak onaylanmamış mühürlü belgelerin, yazılı delil başlangıcı sayılıp sayılmayacağına da değinmek gerekir. Doktrindeki baskın görüş uyarınca mühürleme fiilinin, bizzat belgenin aleyhine ibraz edilecek kişi tarafından gerçekleştirildiğini belirlemek mümkün değildir. Mühür, imza ve yazının aksine tek başına sahibi tarafından kullanıldığını ispat etmemektedir. Bu sebeplerle de usulüne uygun olarak onaylanmamış mühürlü belgelerin, yazılı delil başlangıcı olarak kullanılmaması gerekir²⁴⁶.

Tartışma yaratan diğer belge ise arap harfleriyle Türkçe olarak yazılmış belgelerdir. 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun uyarınca Türkiye'de Türkçe düzenlenen senetler Türk harfleri ile yazılmalıdır. Kanun'un açık hükmü karşısında bu belgelerin senet olarak kabul edilemeyeceği aşikârdır. Kuru senet olarak kabul edilemeyecek bu belgelerin, yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilebileceği görüşündedir²⁴⁷. Konuralp ise bu belgenin bir muamele olup olmamasına göre bir ayrıma gitmiştir. Yazara göre arap harfleriyle Türkçe olarak yazılmış olan belge, bir tarafça senet olarak düzenlenen ve diğer tarafça kabul edilen bir senet (muamele) olarak düzenlenmişse, kanun hükmüne açıkça aykırı olan bu belge yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilebilir. Ancak diğer taraftan, muamele vasfında olmayan, bir tarafın yedinde tutulan evrak ve defterler ile bir tarafça diğerine yazılan ve senedin bütün unsurlarını ihtiva eden mektupların, yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmesine gerek yoktur. Çünkü bu belgelerin doğrudan senet olarak kabul edilmesi gerekir²⁴⁸.

²⁴⁵ KONURALP (Yazılı delil başlangıcı), s. 75-81. Aynı görüşte BERKİN, s. 130; BELGESAY (Yazılı Deliller), s. 338.

²⁴⁶ TİFTİK, s. 246; KONURALP (Yazılı delil başlangıcı), s. 82. "İmza vaz'ına muktedir olmayan veya bilmeyen eşhas tarafından verilen senedata mevzu mühürler, kanunun sarahatı veçhile ihtiyar heyeti ve mahallince maruf iki şahıs tarafından tasdik edilmedikçe mezkur senedatın medarı hüküm olamayacağı sekiz rey muhalife karşı otuz altı rey ve mevcudun üçte ikisinin ittifakı ile takarrür etmiştir" (Y. İBGK. 1930/29 E.1930/30 K.12.11.1930 T. Kazancı otomasyonu)

²⁴⁷ KURU, C. II, s. 2075, s.2310.

²⁴⁸ KONURALP (Yazılı delil başlangıcı), s. 82.

Fotokopilerin de yazılı delil başlangıcı olup olmayacağı tartışmalıdır. Fotokopi yazılı belgenin kendisi olmayıp onu gösteren bir surettir. Bu anlamda gerçek imzayı taşımadığı için fotokopiler senet olarak kabul edilemez. Kuru ve Konuralp, senet olarak kabul edilmeyen bu belgelerin, kimden sadır olduğunun tespitinin mümkün olduğu durumlarda, yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedirler²⁴⁹. Postacıoğlu ise fotokopiler üzerinde fotomontaj yöntemi ile değişiklikler yapılabildiğini bu sebeple, bu hileleri anlayabilecek tekniklerin ortaya çıkmasına kadar, güvenilemeyecek belgeler olan fotokopilerin yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir²⁵⁰. Yargıtay ise bu belgeler üzerinden imza (ki imza incelenemiyorsa yazı da incelenemez) incelemesi yapılamayacağından bahisle, senet veya yazılı delil başlangıcı ayırımına gitmeksizin, fotokopilerin delil olarak değerlendirilemeyeceği yönünde kararlar vermektedir²⁵¹.

Fotokopiler için yaşanan tereddütler faks metinleri içinde geçerlidir. Gerçektende, faks cihazı ile gönderilen belgelerin, yazılı delil başlangıcının yazılılık ve karşı taraftan sadır olma unsurlarını karşılayıp karşılamadığı şüphelidir²⁵². Gökyayla'ya göre faks metinleri, yazılı delil başlangıcı teşkil eder. Yazar'a göre faks cihazı karşı taraftan gönderilen belgenin bir suretini alıcıya ulaştırdığı için yazılılık şartı tam olarak sağlanır. Bunun yanında faksın hangi cihazdan gönderildiğinin tespiti de mümkündür. Bu anlamda bu belgeler açısından, karşı taraftan sadır

²⁴⁹ KURU, C. II, s. 2076, s. 2309-2310; KONURALP (Yazılı delil başlangıcı), s. 53-58. Aynı yönde TİFTİK, s. 247; PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine, **Medeni Usul Hukuku Pratik Çalışmalar**, 9. Bası, Ankara 2009, s. 134.

²⁵⁰ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 270-271; Aynı görüşte ÖNEN, s. 249.

²⁵¹“Mahkemece, senet fotokopisi üzerinden bilirkişi incelemesi yaptırılarak, imzanın davacıya ait olmadığı saptanarak yazılı şekilde hüküm kurulmuş ise de, bilirkişi raporunda da değinildiği gibi, fotokopi belgeden imzaların kalem ve fulaj işleri ile mürekkep değeri anlaşılamayacağından, sağlıklı bir sonuca ulaşılması mümkün değildir. Bu nedenle, mahkemece taraflardan senet aslı istenerek, H.U.M.K.'nin 308. ve devamı maddeler hükümleri gözetilmek suretiyle yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılarak karar verilmesi gerekir.” (Y. 1995/4835 E. 1995/8242 K. 11.10.1995 T. Kazancı Otomasyonu).

“Mahkemece, çekişme konusu taşınmazın tamamı 326 pay kabul edilerek 149 payı davacının babası Receb Bayraktar tarafından damadı olan davalıya 5.7.1964 tarihli harici satış senedi ile satıldığı kabul edilerek davanın reddine karar verilmiştir. Ne var ki, mahkemece yapılan araştırma ve inceleme hüküm kurmaya yeterli değildir. Satın almaya dayanan davalı 5.7.1964 tarihli senet aslını ibraz edememiş ve ifadesinde Kadastro Müdürlüğüne verdiğini söylemiş ise de Kadastro Müdürlüğü'nün cevabi yazılarında sözü edilen senedin belgeler arasında bulunmadığı bildirilmiştir. Davacı Fahriye 16.9.1994 günlü keşifte babası Receb Bayraktar'ın harici satış senedini yırtarak satıştan caydığını kendisine söylediğini ifade etmiştir. Harici satış senedinin aslı ibraz edilmediğine ve fotokopi niteliğindeki örneğine karşı çıkıldığına göre senede geçerlilik tanınması olanağı yoktur (Y. 17. HD. 1996/1059 E. 1996/1155 K. 05.03.1996 T. Kazancı Otomasyonu).

²⁵² PEKCANITEZ / ÖZEKES / AKKAN, s. 134.

olma unsuru gerçekleşmiş sayılır²⁵³. Her ne kadar cihazın başka bir kişi tarafından kullanılma ihtimali mevcutsa da, bu durum, hayatın olağan akışına göre son derece zayıf bir ihtimaldir. Ayrıca faks cihazı sahibinin, cihazın bilgisi dışında kullanılmasını önlemek için gerekli tedbirleri de alması gerekir²⁵⁴. Yazar bu noktada, gönderilen metnin içeriğinin de önemli olmadığını savunmaktadır. Çünkü gönderilen cihazın belirlenebilmesi sebebiyle kişi ile belge arasında objektif bir bağlantı kurulmuş olur. Bu anlamda fotokopilerde olduğu gibi, belgenin aleyhine ileri sürülecek kişinin el yazısını veya imzasını taşımasına da gerek yoktur²⁵⁵. İmza ve el yazısını içeren belgelerin, aleyhine ileri sürülecek kişinin faks cihazı dışında başka bir cihazdan çekilmesi durumunda, bu belgelerin yazılı delil başlangıcı teşkil edip etmeyeceğine de değinmek gerekir. Özmen'e göre bu tür senetler, aleyhine ileri sürülecek kişiye aidiyeti belirleyebilecek içeriğe sahip oldukları için yazılı delil başlangıcı sayılmalıdırlar. Bu tür belgelerdeki yazının veya imzanın inkâr edilmesi halinde ise HUMK' un 308 vd. maddeleri uygulanmalıdır²⁵⁶. Yargıtay'ın ekseri kararları ise doktrindeki görüşlerle paralellik arz etmemektedir. Yargıtay, faks metinleri hakkındaki içtihatlarında açık olarak belirtilmese de, bu belgelerin yazılı delil başlangıcı sayılamayacağı yönünde kararlar vermektedir²⁵⁷.

²⁵³ GÖKYAYLA, K. Emre; **Telefaks Metinleriyle İspat**, Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsal'e Armağan, İzmir 2001, s. 164; Aynı görüşte; AKCAN, Recep; **Medeni Usul Hukuku Açısından Faks Metinlerinin Önemi ve Delil Niteliği**, SÜHFD, C. 9, S. 1-2, Y. 2001, s. 177. Aksi görüşte; Erturgut'a göre; faks numarasının kolayca değiştirilebilir olması karşısında, sadece faks numarasının, aleyhine belge sunulacak kişiye ait olması, karşı taraftan sadır olma unsurunun karşılanması için yeterli değildir. ERTURGUT, s. 246.

²⁵⁴ ÖZMEN, A. Saba; **Telefaks Cihazları (Faksmilie) İle Gönderilen İrade Beyanlarının Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Sonuçları**, ABD, 1990, S. 1, s. 82; GÖKYAYLA, s. 165.

²⁵⁵ GÖKYAYLA, s. 165. Aynı görüşte; AKCAN, s. 177.

²⁵⁶ ÖZMEN, s. 84; Aynı görüşte; AKCAN, s. 176. Kanaatimizce fotokopilerin, yazılı delil başlangıcı sayılıp sayılmayacağı hususunda yukarıda savunulan görüşler ve gerekçeler, bu tür faks metinleri içinde caridir.

²⁵⁷ "Davacı vekili, müvekkilinin halı ticaretiyle uğraşp, davalıyla ticari ilişkide bulunduğunu, aldığı mallara karşılık çek ve senetler verdiğini, müvekkilinin davalıdan en son borç durumunun gösterilmesini istediğini davalının da bunun üzerine gönderdiği faksla henüz icraya konulmayan çeklerle birlikte, bakiye borcun 49.126.000 lira olduğunu bildirdiğini, hal böyle iken davalının giriştiği icra takibi sonucunda dosyaya 97.000.000 lira yatırdığını böylece 47.874.000 lira fazla ödemede bulunulduğunu ileri sürerek fazla ödenen bedelin tahsili ile faksta belirtilen ve takip dışı kalan çeklerden dolayı borçlu olunmadığının tespitini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, taraflar arasındaki ticari ilişkinin varlığını kabul ederek, çek ve senetlerin davacının müvekkilinden satın almış olduğu mal bedeli karşılığı olduğunu, davacının dayandığı faks fotokopisinin tüm borç ilişkisini kapsamadığını davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece iddia, savunma ve dosyadaki kanıtlara nazaran, davacının alacağının varlığını çekler ve senetle kanıtladığı, davalının senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak herhangi bir delil ibraz edemediği, dosyada mevcut faxında bu nitelikte sayılamayacağı gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiştir.

3.2.4.1.2.2. Aleyhine İbrahim Edilecek Kişiden Sadır Olma

Bir belgenin, yazılı delil başlangıcı olarak nitelendirilmesi için bu belgenin aleyhine ibraz edilecek kişiden sadır olması gerekir (HUMK m.292/2)²⁵⁸. Bu sebeple kural olarak üçüncü kişi tarafından yahut bilgisayar, daktilo gibi bir makine ile yazılmış yazılar tek başlarına yazılı delil başlangıcı sayılmazlar. Bu belgeler, aleyhine ibraz edilecek kişinin el yazısını veya parafını veya imzasını²⁵⁹ taşıması halinde yazılı delil başlangıcı sayılırlar²⁶⁰. Yazı, paraf veya imza, sahibi olduğu iddia edilen kişi tarafından inkâr edilirse bu husus mahkemece araştırılmalıdır²⁶¹.

Hemen belirtmekte fayda var ki aleyhine ibraz edilen kişiden sadır olma kavramı dar olarak düşünülmemelidir. Kişinin maddi veya fikri eseri olan belgeler, kişinin kendisinden

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

1-Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Ancak, davacı delileri arasında yeminden bahsetmemiş olsa bile dava dilekçesinde "vs. deliller" ifadesini kullanmışsa, bu vs. içinde yemin delili de mevcut olduğundan hâkimin davasını ispat edemeyen davacıya karşı tarafa yemin teklif etme hakkını hatırlatması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekir." (11. HD. 1998/9627 E. 1999/1436 K. 22.03 1999T., Kazancı otomasyonu)

"Davacı alım satım hukuki ilişkisine dayanarak, geçersiz gayrimenkul satımı nedeniyle ödediği bedelin iadesi için itirazın iptalini istemiş, davalı hukuki ilişkiyi tamamen inkâr etmiştir. Dava konusu yapılan miktar nazara alındığında HUMK'un 288. maddesi hükmüne göre davacı iddiasını yazılı delille ispat etmelidir. Aslı ibraz edilemeyen faks fotokopisinde imza davalı tarafından inkar olunmuş, davacı tarafından ibraz olunan banka makbuzlarında da 3. şahıslara yapılan ödemeler olduğu gibi taşınmaz satışına ilişkin ödeme olduğuna dair bir kayıt bulunmamaktadır. Bu durumda davacı iddiasını yazılı delille ispat edememiştir. Ne varki davacı dava dilekçesinde açıkça yemin deliline dayandığını bildirdiğinden davalı tarafa yemin teklif etme hakkı olduğu hatırlatılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." (Y. 13. HD. 2005/9536 E. 2005/16193 K. 01.11.2005 T. Kazancı Otomasyonu)

²⁵⁸ Senetten farklı olarak yazılı delil başlangıcında aleyhine ibraz edilen kişinin elinden çıkma unsuru için tam bir kesinlik aranmaz. Ancak burada karıştırılmaması gereken husus ise aralarındaki tek farkın imza yokluğu olmadığıdır. Her ne kadar yazılı delil başlangıcı için imza şart olmasa da yazılı delil başlangıcı aleyhine ibraz edilen kişinin imzasını da taşıyabilir. Örneğin, ileri sürüldüğü vakta hakkında tam ve gerekli bilgiyi içermeyen imzalı bir belge, bu işlemin varlığına dalalet ettiği oranda yazılı delil başlangıcı sayılabilecektir. (TİFTİK, s. 243)

²⁵⁹ İmzalı belgeler birçok halde senet teşkil ederler. Burada belirttiğimiz yani yazılı delil başlangıcı teşkil eden imzalı belgeler ise hukuken senet niteliği taşımayan belgelerdir. Bu konudaki açıklamalar için bkz. s. 58.

²⁶⁰ Doktrindeki bazı yazarlara göre parmak izi taşıyan belgelerde yazılı delil başlangıcı olabilir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. s. 59 vd.

²⁶¹ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 450; KONURALP (Yazılı delil başlangıcı), s. 111-112.

sadır olmuş sayılır. Bu sebeple üçüncü kişi tarafından yazılmış belgeler ile üçüncü kişi tarafından atılmış imzayı ihtiva eden belgeler bazı hallerde, aleyhine ibraz edilecek kişi bakımından yazılı delil başlangıcı olabilir. Bu anlamda aleyhine ibraz edilecek kişinin temsilcisi tarafından yazılmış veya imzalanmış belge, temsil olunan açısından yazılı delil başlangıcı olabilir. Bu temsil ilişkisi iradi olabileceği gibi kanundan da kaynaklanabilir. Ancak, mümessilin düzenlediği belgenin, temsil olunan aleyhine kullanılabilmesi için temsil ilişkisinin HUMK'un 288. ve 290. maddeleri göz önünde bulundurularak genel hükümlere göre ispat edilmesi gerekir²⁶². Aynı şekilde aleyhine ibraz edilecek kişinin, yazdırdığı belgeler ile açık veya zımni olarak kabul ettiği belgeler, yazdıran aleyhine, yazılı delil başlangıcı teşkil edebilir. Bu anlamda, yazılı delil başlangıcını, iddiasına dayanak yapmak isteyen tarafın, yazdırma olgusunu kesin delillerle ispat etmesi gerekir²⁶³.

Yukarıda belirttiğimiz üzere bir belgenin, bir kişi aleyhine yazılı delil başlangıcı teşkil etmesi için belgenin, bu kişinin maddi veya fikri mahsulü olması gerekir. Bu durumun tek istisnası ise murisin maddi veya fikri mahsulü olan belgenin, mirasçılar açısından yazılı delil başlangıcı teşkil etmesidir. Kural olarak mirasçılar, miras bırakanın külli halefidirler ve onun tabi olduğu ispat rejimiyle bağlıdır. Bu sebeple tereke ile ilgili davalar bakımından, miras bırakan tarafından hazırlanan ve onun aleyhine yazılı delil başlangıcı teşkil eden bir belge, mirasçılar açısından da yazılı delil başlangıcı sayılır²⁶⁴.

Bir belgenin aleyhine ibraz edilen kişiden sadır olması gerekli olmakla beraber, bu belgeyi kullanacak kişiye yöneltilmiş olması şart değildir. Örneğin, Yargıtay'ın da kararlarında benimsediği üzere vergi ve mal beyannameleri, resmi kurumlara yöneltilmiş olmasına rağmen yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilirler²⁶⁵.

²⁶² BERKİN, s. 132; POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 285; KONURALP (Yazılı delil başlangıcı), s. 118; TİFTİK, s. 255; YAVUZ, s. 292.

²⁶³ BERKİN, s. 132; TİFTİK, s. 255. Bir başkası tarafından yazdırılan belgelerin, yazan kişinin aleyhine de yazılı delil başlangıcı sayılıp sayılmayacağına bir açıklık yoktur. Postacıoğlu'na göre; memuriyet veya askerlik gibi resmi veya kanuni bir zorunluluk sebebiyle yazma eylemi gerçekleşmiyorsa, yazan kişi bu evrakı benimsemiş ve kabul etmiş sayılır. Bu sebeple de bir başkası tarafından yazdırılan belgeler, yazan kişi açısından yazılı delil başlangıcı sayılır. Bkz. POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 274.

²⁶⁴ YAVUZ, s. 292; KURU, C. II, s. 2290 dpn. 662; TİFTİK, s. 255.

²⁶⁵ BELGESAY (Yazılı Deliller), s. 337-338; KONURALP (Yazılı delil başlangıcı), s. 111; TİFTİK, s. 256; YAVUZ, s. 292. Bu konudaki Yargıtay kararı için bkz. dpn. 239.

3.2.4.1.2.3. Hukuki İşlemin Varlığına Delalet Etme (İnandırıcılık)

Yazılı delil başlangıcı, ispata konu hukuki işlemi tam olarak ispat edemese de en azından varlığına delalet etmelidir²⁶⁶. Kanun bu hususu “müddeabihin tamamen sübutuna kâfi olmamakla beraber bunun vukuuna delalet etmelidir” şeklinde ifade etmiştir. Ancak burada kullanılan “müddeabih” kavramı uygun değildir. Doktrinde bu terim yerine iddia veya iddia olunan vakıa (hukuki işlem) terimlerinin kullanılmasının daha uygun olacağı ifade edilmiştir²⁶⁷.

Kural olarak, yazılı delil başlangıcı, hukuki işlemi tam olarak ispatlamayan ancak onun varlığına delalet eden takdiri bir delildir. Bu anlamda yazılı delil başlangıcı senetten ayrılır. Senet, bir hukuki işlemin mevcudiyetini kesin olarak ispatlayan tam bir delil olmasına rağmen, yazılı delil başlangıcı bu işlemin varlığına işaret eden takdiri bir delildir²⁶⁸.

Bu noktada sorulması gereken soru şu olmalıdır: Acaba yazılı delil başlangıcı, ne zaman bir hukuki işlemin varlığına delalet edecektir? Konuralp’ e göre yazılı delil başlangıcı, hâkimin zihninde, iddia olunan hukuki işlemi muhtemel göstermeli, kısmi bir doğrulama sağlamalıdır. Ancak bunun ne zaman sağlanacağı hususunu, nesnel ölçülere bağlamak son derece zordur. Bu sebeple yazılı delil başlangıcının ne zaman hukuki işlemin varlığına delalet edeceğini, hâkim serbestçe takdir edecektir²⁶⁹. Tiftik’ e göre ise bir belgenin yazılı delil başlangıcı sayılabilmesi için belgenin hukuki işlemi ihtimal derecesinde göstermesi yeterlidir. Bu ihtimal derecesinin az veya çok olması önemli değildir. Zira hâkim gerçekliğe yaklaşmak için şahit, bilirkişi veya yemin gibi diğer delilleri kullanabilecektir²⁷⁰.

²⁶⁶ KURU, C. II, s. 2291; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 450. Yargıtay bir kararında bu hususu şu şekilde açıklamıştır. “Noterlikçe resen düzenlemiş borç ikrarını taşıyan ve usulün 295. maddesinde söz konusu edilen senet sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli bir belgedir. Böyle bir senedin bedelsizliğinin ispatı yoluna gidilirken usulün 292. maddesinden davacının faydalanıp faydalanamayacağını incelenmesi gerekir. Bu maddede delil başlangıcının ne olduğu gösterilmiştir. Taraflar arasındaki yakınlığı ve ilişkiyi açıklayan mektuplar delil başlangıcı olamaz. Bir belgenin delil başlangıcı olabilmesi için *sübuta kafi olmamakla beraber vukua delalet etmesi icap eder.*”(Y. 4. HD. 06.04.1965-4833, KAÇAK, s. 482.)

²⁶⁷ KONURALP (Yazılı delil başlangıcı), s. 120.

²⁶⁸ TİFTİK, s. 243.

²⁶⁹ KONURALP (Yazılı delil başlangıcı), s. 121-122; BERKİN, s. 130.

²⁷⁰ TİFTİK, s. 245-246.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar ışığında hangi belgelerin yazılı delil başlangıcı sayılabileceğini incelemeye çalışalım.

Yargıtay eski tarihli bir kararında, uygulamada sıklıkla kullanılan “bedeli malen alındı” kayıtlı bonolarda, malın teslim edilmediğinin, borçlu tarafından yazılı delille ispatlanması yahut bu hususun alacaklı tarafından ikrar edilmesi halinde, bu tür bir kaydı ihtiva eden kambiyo senedinin, paranın nakden verildiği hususunda da yazılı delil başlangıcı teşkil edeceğini kabul etmiştir²⁷¹.

Doktrinde, miktarı belirli olmayan borç ikrarları ve yine miktar ihtiva etmeyen makbuzlar, yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmiştir. Gerçekten de birincisinde, miktarı belli olmamasına rağmen bir borcun varlığına, ikincisinde ise miktarı belli olmamasına rağmen borcun ödendiğine dair bir işaret vardır²⁷². Yargıtay da bazı kararlarında, açıkça bu belgelerin yazılı delil başlangıcı olarak kabul edileceğini belirtmese de, taraflar arasında ihtilafli olmayan satım yahut kira bedellerinin şahit veya bilirkişi aracılığıyla ispat edilebileceğini kabul etmiştir²⁷³. Ancak, hemen belirtmekte fayda var ki bu tür belgeler, kanunen gerekli diğer unsurları taşıdıkları takdirde, ihtiva ettikleri bilgiler açısından senet

²⁷¹ “Dava konusu senet (bono) muhteviyatının mal bedeli olduğu yazılı ise de davalı (alacaklı) gerek lahiyasında ve gerekse duruşmada davacıya mal vermeyip, nakit verdiğini beyan etmiş ve şu suretle davalının mündrecatını talil eylediği senette yazılı mebalığı davacıya nakden verdiğini yazılı bir vesika ile ispat edememiş olmasına mebni bedelsiz bulunduğu tahakkuk eden 10.000 liralık bononun iptaline karar verilmiştir. – İmzası davacıya aideyeti tebeyyün eden 10.000 liralık senedin HUMK m.292. hükümleri dairesinde tahriri mukaddemei beyyine adıyla mukaddema davalı tarafından dinlettirilen şahit ifadeleri takdir olunmak ve neticesine göre bir karar verilmek iktiza ederken, davalının mündrecatının talil eylediği senette yazılı mebalığın davacıya verildiğini yazılı bir vesaika ile ispat edemediğinden bahisle iptal talebinin kabul olunması yolsuz olduğundan hükmün bozulmasına” (TD. 06.05.1958 T. 740/1215 KURU, C. II, s. 2429), Aynı görüşte; KURU, C. II ,s. 2429; YÜKSEL, s. 527.

²⁷² POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 292; TİFTİK, s. 248.

²⁷³ “Taraflar bir küreğin satıldığı konusunda birleşmişlerdir. Anlaşmazlık küreğin satış parasının tutarındadır. Mal parasının tutarı konusunda taraflar kesin delil gösterememişlerdir. Borçalar Kanununun 42. ve 43. maddeleri gereğince satış parasının tutarının bilirkişi eliyle tespiti” (Y. 4. HD. 27.06.1964 T. 1964/5239 E. 1964/ 7207 K. N. 5 S.468, karar için bkz. ERDEMİR, s. 1253)

“Davacı aylık kira parasının devir nedeni ile 400 lira, davalı ise anlaşma uyarınca 1500 lira olduğunu ileri sürmektedir. Davalı, davacının kiracılık sıfatını kabul ettiğine göre kira parasının tutarı konusunda tanık dinlenebilir. Ancak, tanık sözleri ile bir sonuca varılamadığı takdirde bilirkişi incelemesi yaptırılarak kira bedeli tespit ve sonucuna göre karar verilmelidir” (Y. 13. HD. 05.05.1980 T. 1980/2732 E. 1980/3020 K. YKD. Mayıs 1981, s.61-614, Aynı yönde Y: 13. HD. 1974/1075 E. 1974/147 K. T.24 Ocak 1974 YKD Şubat 1976 s.233 Naklen ERDEMİR, s. 1253)

olarak kabul edilirler. Bu belgelerin, yazılı delil başlangıcı olarak kabul edileceği durumlar ise, belgenin muhteviyatında açıkça belirtilmeyen ancak varlığına işaret edilen olgular açısındandır. Örneğin, taraflar arasında ihtilafli olmayan bir satım sözleşmesinde ödeme tarihi belirtilmesine rağmen ödeme miktarı belirtilmemişse, satım sözleşmesinin yazılı delil başlangıcı özelliği sadece ödeme miktarı içindir. Sözleşme, ödeme zamanı açısından senet teşkil eder.

Diğer taraftan, sözleşmenin taraflar arasında ihtilafsız olması, bir tarafça iddia edilen ancak sözleşmede mevcut bulunmayan bütün şartlar açısından, sözleşmenin yazılı delil başlangıcı olmasını sağlamaz, bu sebeple de şahit dinlenilmesine imkân vermez. Bu anlamda şahit dinlenilebilmesi için taraflar arasında mevcudiyeti ihtilafsız olan sözleşmenin, bir tarafça iddia edilen ancak diğer tarafça reddedilen sözleşme unsurunun varlığına delalet etmesi gerekir. Buna karşılık, varlığı ihtilafsız sözleşme, taraflar arasında çekişmeli şartın varlığına delalet etmiyorsa, bu şart hakkında şahit dinlenilemez. Örneğin, somut olayın özgün özellikleri dışında taraflar arasında ihtilafsız bulunan bir kira sözleşmesi, kiralayanın, başkasına kiraya verme yetkisi olduğu yönünde yazılı delil başlangıcı sayılmaz. Çünkü salt olarak sözleşme, alt kiraya verme şartının varlığına delalet etmez. Bu nedenle, bu tür iddialar şahitle değil ancak HUMK' un 288. maddesi uyarınca senetle ispat edilebilir²⁷⁴.

Kuru ise bu konuda varlığına delalet etme kriterine değinmeden, sözleşmenin kendisinin değil de bir şartının çekişmeli olduğu bütün durumlarda senetle ispat kurallarının uygulanması gerektiği kanaatindedir. Yazara göre özellikle bedel, hukuki işlemin unsuru olmasa bile önemli bir şarttır. Usul Kanununda, bu konu hakkında şahit dinletilmesine elverişli bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu sebeple, sözleşmede düzenlenmeyen bu tür şartların şahitle ispatına olanak yoktur²⁷⁵. Yargıtay da bazı kararlarında yazarın görüşünü destekler nitelikte kararlar vermiştir²⁷⁶.

²⁷⁴ "...Taraflar arasında yazılı bir kira sözleşmesi bulunmadığına ve yerin başkalarına devredilebileceğinin davalı ile birlikte kararlaştırıldığı yolunda delil sunulmadığına göre, sözlü kira sözleşmesinde de devir yetkisi verilmediğinin kabulü zorunludur (6570 sayılı yasanın 12. maddesi uyarınca). Sözleşmenin beliren bu durumun aksine davalı kiralayanın devir yetkisi verildiğine dair davacı iddialarının tanıkla ispatı mümkün değildir. Diğer bir anlatımla, sözleşmeye karşı böyle bir iddianın yazılı delille ispatı gerekir." (3. HD. 1996/10155 E. 1996/10784 K. 03.12.1996 T. YKD. Y.1997, s.59 vd. naklen KURU, C. II, s. 2217)

²⁷⁵ KURU, C. II, s. 2210.

²⁷⁶ "Yanlar arasında halı dokunması konusunda bir eser sözleşmesi ilişkisi kurulduğunda uyuşmazlık yoktur. Mahkemece çözülecek uyuşmazlığın, eser parasının tutarına ilişkin olduğu saptanmıştır. Burada ücretin 15.000 lira olarak kararlaştırıldığı ispat yükü davacıya aittir ki, kural olarak bu ispat yükü yazılı kanıt gösterilmek

Bu konuda açıklanması gereken diğer nokta ise tarafların mahkeme huzurundaki beyanlarının yazılı delil başlangıcı sayılıp sayılmayacağıdır. Doktrindeki baskın görüşe göre ikrarı içermeyen ancak hâkimin huzurunda gerçekleşen veya hâkime karşı yöneltilen beyanlar yazılı delil başlangıcı olabilirler. Bu anlamda, tarafların isticvabı sırasında alınan ifadeler teknik anlamıyla bir ikrarı içermiyor ve belirli bir vakianın mevcudiyetini tam olarak ispatlamasa da vukuuna delalet ediyorsa yazılı delil başlangıcı olabilirler. Bunun yanında belirli vakianın ikrarını ihtiva eden ancak ikrar eden tarafça imzalanmayan isticvaba ilişkin mahkeme tutanakları da yazılı delil başlangıcının konusunu oluşturabilirler²⁷⁷. Alangoaya, mahkeme huzurunda beyan edilen veya resmi merciler tarafından düzenlenen belgelerle doğrulanan ancak hukuki işlemin bizatihi kendisini değil de onun mevcut olma ihtimalinin imkânsızlığına delalet eden yan vakıaların da yazılı delil başlangıcı kapsamında değerlendirilebileceği görüşündedir. Yazar, kumar ve bahis ile ilgili bir Yargıtay kararının analizini yaptığı makalesinde, senette alacaklı olarak görünen kişinin emekli işçi olması ve başkaca bir malvarlığının bulunmaması ile senette borçlu olan kişinin zengin ve borca ihtiyaç duymayan bir kimse olmasının taraflarca mahkeme huzurunda kabul edilmesi veya ilgili resmi mercilerden gelen belgeler tarafından doğrulanması halinde, hayatın olağan akışı kapsamında, taraflar arasında düzenlenen senedin, muvazaalı olduğuna veya karşılıksız olduğuna dair bir karine teşkil edebileceği ve HUMK'un 292. maddesi kapsamında yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir²⁷⁸.

Bu konuda sorulması gereken diğer soru ise şudur vasıflı ikrarın söz konusu olduğu durumlarda ikrar edilen kısım, ikrarın niteliğini değiştiren kısım için yazılı delil başlangıcı sayılabilir mi? Soruyu bir örnekle açıklarsak; ispat yükü kendisine düşen davacı, davalıya bir saat sattığını ve teslim ettiğini ancak parasını alamadığını iddia etse, buna karşılık davalı bu saatin kendisine satılmadığını, bağışlandığını belirtse, davacı taraf, ikrar edilen kısmı (saatin teslim alındığını) kendisi lehine yazılı delil başlangıcı kabul ederek satım sözleşmesini şahitle ispat edebilir mi? Doktrinde, ikrara eklenen kısmın, hayatın olağan akışına göre gerçeğe açıkça aykırı olması halinde veya ikrar eden tarafın ifadeleri arasında açık çelişkilerin bulunması durumunda, bu soruya olumlu cevap verilmektedir²⁷⁹. Bu açıklamalar ışığında

suretiyle yerine getirilebilir. Şu var ki Usulün 293/4. maddesi hükmünün de göz önünde tutulması gerekir..." (15. HD. 1978/1098 E. 1978/1331 K. 22.06.1978 T. Bkz. KURU, C.II, s. 2210)

²⁷⁷ TERCAN, s. 328 vd; TİFTİK, s. 250; KONURALP (Yazılı delil başlangıcı), s. 106 vd; KURU, C. II, s. 2310.

²⁷⁸ ALANGOYA, Yavuz; "Senede Karşı Senetle İspat Kuralı" ve "Hayatın Olağan Akışı" Kavramı, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 529-530.

²⁷⁹ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 302; TİFTİK, s. 252.

örneğimize dönersek, saatin davalıya bağışlanması, tarafların sosyal ilişkileri açısından veya başka bir nedenden dolayı hayatın olağan akışına göre imkânsız yahut çok zor ise bu durumda, satıcı, karşı tarafın vasıflı ikrarını yazı delil başlangıcı kabul ederek satım sözleşmesini şahitle ispatlayabilir.

3.2.4.2. Yakın Hısımlık

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu' nun 293. maddesinin 1. fıkrası uyarınca maddede belirtilen yakın akrabalar arasında vuku bulan hukuki işlemler hakkında şahit dinlenebilir. Bu kuralın uygulanmasında hukuki işlemin miktarı yahut değeri önem arz etmez²⁸⁰. Senetle ispat kuralının önemli istisnalarından biri olan bu hükmün düzenleniş sebebi, yakın akrabalar arasında senet düzenlenmesinin manevi yönden imkânsız olmasıdır. Ancak hemen belirtmekte fayda var ki, yakın akrabalar arasında vuku bulan hukuki işlem senede bağlanmış ise bu senede karşı artık şahit dinlenemez. Bu durumda, manevi imkânsızlıktan bahsedilemez. Diğer bir ifade ile bu hüküm senede karşı senetle ispat zorunluluğunun bir istisnası değildir²⁸¹.

Aynı şekilde, yakın akrabalar arasındaki hukuki işlem senetle ispat etmek istenirde, bu senedin sahte veya geçersiz olduğu anlaşılır ve bu sebeple hukuki işlem senetle ispat edilemezse, bu aşamadan sonra iddiasını senetle ispat etmek isteyen taraf, artık hukuki işlemi ispat etmek için şahit deliline başvuramaz. Çünkü iddia sahibi akraba, hukuki işlemi senetle ispat etmeye çalışmakla karşı tarafla arasında, manevi imkânsızlığın bulunmadığını kabul etmiş sayılır²⁸².

²⁸⁰ Postacıoğlu, kanunun açık hükmü gereği hukuki işlemin miktar veya değer önemli olmadığını belirtmekle beraber, baba ile oğul arasında yapılsa bile yüksek miktarları kapsayan hukuki işlemlerin teamüle dayanarak şahitle ispatının mümkün olmayabileceğini tartışmaya açmıştır. Bkz. POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 169.

²⁸¹ KURU, C. II, s. 2248. "Taraflar arasındaki hukuki muamele biri noterce imzaları tasdik edilmiş diğeri ise resen düzenlenmiş senetlere bağlanmıştır. Anne ile çocuk arasındaki hukuki işlemlerin değeri ne olursa olsun tanıkla ispatı usulün 293. maddesi hükümlerindedir. Lakin bunlar arasındaki hukuki muamele senede bağlanmış ise bu hukuki muameleyle karşı ileri sürülecek savunmalar şahit ile ispat edilemez. Ancak senet ile ispat edilebilir. Çünkü burada asıl hukuki muamele senede bağlandığına göre artık tarafların senet teminindeki manevi imkânsızlıktan yararlanmalarına imkân yoktur." (Y. 13. HD. 1991/9730 E. 1992/1636 K. 25.01.1992 T. ERDEMİR, s. 1315)

²⁸² KURU, C. II, s. 2248. "Dava 110.000 lira alacağın kanuni faiziyle birlikte davalıya ödetilmesine ilişkindir. Metni yukarıya alınan özel daire bozma kararında da belirtildiği gibi, davacı alacak iddiasını senede dayandırmış; ancak sözkonusu senedin bir bahane ile davalı tarafından ele geçirilip yok edildiğini ileri sürerek senet fotokopisini ibraz etmiş ve borç ilişkisinin doğumu zamanında aralarında karı-kocalık münasebeti

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesinin 1. fıkrası uyarınca aralarındaki hukuki işlemler hakkında şahit dinlenebilecek akrabalar şunlardır; “Usul ve fûru”, “kardeşler”, “karı koca” ve “kayınpeder-kayınvalide ile damat ve gelin”. Kanunun bu sayması tahdididir. Bu sebeple maddede belirtilen akrabalar dışındaki yakın hısımlar için HUMK m.293/1 uyarınca şahit dinlenemez. Örneğin, enişte ile baldız veya amca ile yeğen arasında yapılmış hukuki işlemler için şahit dinlenemez. Bu madde kapsamı dışındaki akrabalar için ancak şartları varsa ileride ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere HUMK'un 293. maddesinin 4. fıkrası uyarınca şahit dinlenebilir²⁸³.

Evlat edinen ile evlatlık arasındaki ilişkinin usul-füruu kapsamına girip girmediği tartışmalıdır. Aybay'a göre HUMK'un 293. maddesinin 1. fıkrasında belirtilmemesine rağmen evlatlık ile evlat edinen arasındaki hukuki işlemlerin, bu madde uyarınca şahitle ispat edilebilmesi mümkündür. Yazar'a göre Medeni Kanun açısından evlatlık ve evlat edinen arasındaki ilişki, usul-fürü ilişkisidir. Her ne kadar, senetle ispat kuralları usul hukukuna ilişkin olsa da yorumlanmasında medeni kanun ve diğer kanunlardan etkileneceği şüphesizdir²⁸⁴. Yargıtay içtihatları ise yazarın görüşü ile paralellik arz etmemektedir. Yargıtay'a göre evlatlık ile evlat edinen arasında vuku bulan hukuki işlemler ancak şartları varsa HUMK'un 293. maddesinin 4. fıkrası uyarınca şahitle ispat edilebilir²⁸⁵.

bulduğundan bahisle iddiasını ve davasını kanıtlamak için gösterdiği tanıkların dinlenilmesini istemiştir. Mahkeme de, taraflar arasındaki karı-kocalık durumunun göz önünde tutarak davacı tanıklarının sözlerine göre davalının kabulüne karar verilmiştir. HUMK'un 293. maddesinin 1 numaralı bendine göre karı-koca arasındaki muamelelerin tanıkla ispatı mümkün olmakla beraber, o hukuki muamele senede bağlanmış ise, tarafların karı koca olması halinde dahi Usulün anılan maddesinin uygulanması söz konusu olmaz. Bu nedenle; davacının iddiasını ancak yazılı delille kanıtlaması mümkündür. Öte yandan borç ilişkisine dayanak yapılan senedin sahteliği kanun yollarından geçmek suretiyle kesinleşmiş olan ceza ilamıyla saptanmıştır. Hukuk Genel Kurulu'nun istikrarla benimsediği görüşe göre, davada dayanılan bir belgenin sahteliği gerçekleştikten sonra o iddianın tanıkla ispatına da imkan yoktur.” (HGK 23.12.1981 T. 2/414-854, KURU, C. II, s. 2250)

²⁸³ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 169; AYBAY, Aydın; **Tanıkla Evlat Edinme Yasağı Bakımından Evlat Edinme İlişği**, ABD, S. 5, 1963, s. 575. “Gelin görünce arasındaki münasebetlerde iddianın şahitle ispatına kanuni cevaz yoktur. Taraflar arasındaki münasebetin senede raptına müteamel olup olmadığının tahkik olunarak senede raptolunması mahalli örf ve teamül iktizasından bulunmadığının tahakkuku halinde şahit dinlenmesi lazım gelir.” (Y. 4. HD. 1955/5005 E. 1955/4280 K 10/10/1955 T. EROL, s. 119)

²⁸⁴ AYBAY, s. 576 vd. Aynı görüşte KURU, C. II, s. 2252.

²⁸⁵ “HUMK'un 293. maddesinin birinci bendi babalık ile evlatlığa şamil değildir. Babalık ile evlatlık arasında senet alınması teamülden değilse, HUMK'un 293/4 mucibince şahit dinlenebilir.” (3. HD. 29.9.1951 T. 1951/12967 E. 1951/9675 K, KURU, C. II, s. 2252)

Üvey anne veya baba ile çocuk arasında gerçekleşen hukuki işlemlerin ise HUMK'un 293. maddesinin birinci fıkrası kapsamına girmediği açıktır. Bu nedenle bu kişiler arasında yapılan işlemler ancak şartları varsa HUMK'un 293. maddesinin 4. fıkrası uyarınca şahitle ispat edilebilir²⁸⁶.

Eşler arasında yapılan hukuki işlemlerin miktara bakılmaksızın şahitle ispat edilebileceğini belirtmiştik. Burada dikkat edilmesi gereken husus ise hukuki işlemlerin evlilik birliği içinde yapılması gerekliliğidir. Bu anlamda, eşler, boşandıktan sonra dahi evlilik süresi içinde yaptıkları hukuki işlemler için şahit dinletebilirler. Aynı şekilde, evlilik devam ederken tarafların dargın olmalarının yahut birbirlerine karşı boşanma davası açmış olmalarının da bir önemi yoktur²⁸⁷.

3.2.4.3.Senet Almanın Mümkün Olmadığı Durumlarda Yapılan Hukuki İşlemler

Taraflar, bazı durumlarda, ellerinde olmayan nedenlerle yahut ağır fiziki koşullar nedeniyle aralarında yaptıkları hukuki işlemleri senede bağlayamayabilirler. Bu gibi durumlarda tarafların hak kaybına uğramamaları için HUMK' un 293. maddenin 3. fıkrası düzenlemiştir. Bu madde uyarınca “Yangın veya kazayı bahri veyahut düşman istilasını gibi senet alınması gayri mümkün veya fevkalade müşkül hallerde yapılan muameleler” için şahit ikame olunabilir (HUMK 293/3).

Madde metninde yangın, deniz kazası, düşman istilasını gibi maddi imkânsızlık halleri örnek kabilinde sayılmıştır. Bu sebeple kanun da sayılmayan ancak senet alınmasının mümkün olmadığı yahut çok güç olduğu diğer durumlarda, düzenlenen hukuki işlemlerin ispatı için de şahit dinlenebilir²⁸⁸.

²⁸⁶ KURU, C. II, s. 2252-2253.

²⁸⁷ KURU, C. II, s. 2259. Boşanma davası sonuçlanmadan evlilik birliği sona ermeyeceğinden, eşlerden birinin diğerine boşanma davası açmasından sonra ancak bu dava sonuçlanmadan önceki dönemde yapılan hukuki işlemlerde şahitle ispat edilebilir. Yargıtay, bu hususa da uygulanabilecek bir kararında şu hükmü vermiştir. “Taraflar arasında kayınpeder damat ilişkisi mevcut olup, bu ilişki halen devam ettiğinde uyuşmazlık yoktur. HUMK'un 293/1 maddesi hükmünce iddianın şahitle ispatı mümkündür. *Davalının, davactının kızına boşanma davası açması anılan yasa maddesinin uygulanmamasını gerektirmez.*” (Y. 13. HD. 2004/17299 E. 2005/4052 K. 15.03.2005 T. Kazancı otomasyonu)

²⁸⁸ TUĞSAVUL, s. 622.

Ancak belirtelim ki taraflar arasında maddi imkânsızlık hallerinde yapılan hukuki işlemlerin şahitle ispat edilebilmesi için, şahit dinletmek isteyen tarafın, ilk olarak maddi imkânsızlığa sebep olan kazayı yahut afeti ve daha sonrada ispata konu hukuki işlemin, bu kaza yahut afetin zorunlu bir sonucu olarak yapıldığını ispat etmek zorundadır.²⁸⁹

3.2.4.4. Senede Bağlanmaması Yaygın (Teamül) Olan Hukuki İşlemler

Senede bağlanmaması yaygın olan hukuki işlemlerin ispatı için şahit dinlenebilir. Kanun bu hususu şu şekilde düzenlemiştir. “ Halin icabına ve iki tarafın vaziyetlerine nazaran senede raptı müteamil olmıyan muameleler” için şahit ikame olunabilir (HUMK m.293/4).

Kanun hükmüne göre eğer bir hukuki işlemin senede “bağlanması” teamül haline gelmemişse, bu işlem hakkında şahit dinletilebilir. Postacıoğlu, ilgili fıkranın yazılış biçimini eleştirmiştir. Yazara göre bu fıkra, senede raptedilmemesi müteamil olan muameleler şeklinde anlaşılması gerekir. Diğer bir ifadeyle hukuki işlemin senede “bağlanmaması” teamül haline gelmişse, bu hukuki işlem hakkında şahit dinlenebilir. Bu ayrımın önemi hukuki işlemin senede bağlanmasının da bağlanmamasının da adet (teamül) haline gelmediği durumlarda ortaya çıkmaktadır. Yazara göre böyle bir durumda, şahitle ispata cevaz verilmeyip, senetle ispat kuralının (HUMK m.288) uygulanması gerekir²⁹⁰.

Yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere bu maddenin uygulanabilmesi için gerekli olan ilk şart hukuki işlemin, senede bağlanmamasının adet (gelenek, teamül) haline gelmesidir. Bunun yanında bu teamülün uzun sürelerdir istikrarlı bir şekilde uygulanması ve son olarak da bu uygulamaya halk tarafından inanılmış olması gereklidir²⁹¹. Yargıtay bir kararında, bu şartları şu şekilde açıklamıştır; “Bu hükmün (HUMK m.293/4) sonucu olarak, bir bölgede, halin gereklerine, tarafların durumlarına göre herhangi bir hukuki işlemin devamlı olarak senede bağlanmaması adet haline gelmesi ve bu hususun zaman içinde herkesçe uyulmak sureti ile kararlı nitelik kazanmış bulunması ve aynı zamanda kamuoyu tarafından da belirtilen teamüle inanılmış olması takdirinde, tanık dinlenebilir”²⁹².

²⁸⁹ KURU, C. II, s. 2264.

²⁹⁰ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 156. Aynı görüşte; KURU, C. II, s. 2265.

²⁹¹ ALANGOYA, s. 522; KURU, C.II, s. 2265.

²⁹² Y. 19.HD. 20.04.1979-810/912, Aynı yönde Y. 13. HD. 12.04.1977-1543/2068 kararları için bkz. KAÇAK, s. 500-501.

Senede bağlanmama noktasında bir teamülün varlığını iddia ederek şahit dinletmek isteyen tarafın, böyle bir teamülün varlığını da ispat etmesi gerekir²⁹³. Teamülün mevcudiyeti her türlü delille ispatlanabilir. Bu anlamda hâkim, teamülün mevcudiyetini serbestçe takdir eder. Ancak Yargıtay ekseri kararlarında, hukuki işlemin senede bağlanmaması noktasında, teamülün varlığının takdiri için bilirkişiye başvurmanın zorunlu olduğuna karar vermektedir²⁹⁴. Hâkim veya bilirkişi bu teamülün mevcudiyetini incelerken, hukuki işlemin taraflarını, niteliğini, kapsamını, yapıldığı zaman ve mekân koşullarını dikkate alarak teamülün varlığına veya yokluğuna kanaat getireceklerdir²⁹⁵.

Yargıtay'ın ve doktrinin teamül olarak kabul ettiği ve etmediği bazı durumları belirtmek konuyu aydınlatmak için faydalı olacaktır. Bu anlamda Yargıtay, köylüler arasında yapılan kira akdi gibi bazı hukuki işlemlerin şahitle ispat edilebileceğini karar vermiştir²⁹⁶. Aynı şekilde HUMK m.293/1 kapsamında olmayan bazı akrabalar arasında yapılan hukuki işlemlerin m.293/4 uyarınca şahitle ispat edilebileceğine hükmedilmiştir²⁹⁷. Yine eski tarihli başka bir Yargıtay kararında peşin ödeme ile gerçekleşen hukuki işlemlerde, yapılan peşin

²⁹³ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 157.

²⁹⁴ KURU, C. II, s. 2270-2271. "... Oysa, anılan kanun hükmünün uygulanabilmesi söz konusu altınların ödünç olarak verildiği zamanda bu tür işlemlerin yazılı şekilde, yapılmadığına dair o bölgede yerleşmiş, kararlık kazanmış ve herkesin uyduğu bir teamülün varlığına bağlıdır. *O halde, belirtilen şekilde bir teamülün mevcut olup olmadığının teşhiri konusunda yerel bilirkişi dinlenilmesi ve icabında ilgili kuruluşlardan da sorularak sonuçlarına göre karar verilmesi gerekirken*, bu cihetin dikkate alınmaksızın açıklandığı üzere yalnızca tanık anlatımlarına istinaden hüküm kurulması doğru değildir." (Y. 3. HD. 30.09.1991-1451/9360 karar için bkz. KAÇAK, s. 500.) Yargıtay diğer bir kararında da aynı yönde şu kararı vermiştir. "...Öyleyse Mahkemece, işin niteliği, tarafların durumu ve ilişkileri gözetilerek istisna (eser) sözleşmesinin devamlı surette senede bağlanmaması hakkında istikrarlı ve toplumca inanılmış *bir adet olup olmadığı bilirkişi aracılığı ile saptanarak rapor içeriğine göre tanık dinlenip dinlenmeyeceği değerlendirilmelidir.*" (Y. 15. HD. 31.10.1984-1631/3266 karar için bkz. KAÇAK, s. 502.)

²⁹⁵ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 157.

²⁹⁶ "Gerçekten 500 liradan yukarı hukuki muamelelerin senetle ispat zorunluluğu Usulün 288. maddesi gereğidir. Yalnız köylerde yazılı akdin istisna teşkil edip sözlü yapılmasının mutad olduğu ve istisna akdine dayanan davada tanıkların dinlenmesi bildirildiğinden, bu iddianın Usulün m. 293/4'deki hal icabına ve iki tarafın durumlarına nazaran senede bağlanması yaygın olmayan hukuki muameleler şahit ile ispat edilebilir. Yasa buyruğu uyarınca, bu iddianın soruşturulup incelenmesi gerekir" (15. HD. 25.9.1978, 1749/1730 KURU, C. II, s.2272)

²⁹⁷ Yargıtay enişte ile kayınpeder, evlatlık ile evlat edinen, teyze ile yeğen arasındaki davalarda tarafların vaziyetlerini göz önünde bulundurarak hukuki işlemler için şahit dinlenebileceğine hükmetmiştir. Bu konudaki kararlar ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 160; KURU, C. II, s. 2272 vd.

ödemenin şahitle ispat edilebileceğine karar verilmiştir²⁹⁸. Postacıoğlu, müşterek bir ev ve yaşam paylaşan ancak evli olmayan çiftler arasında yapılan ve senede bağlanmamaları adet olmuş hukuki işlemlerin, HUMK m.293/4 uyarınca şahitle ispat edilebileceği görüşündedir²⁹⁹. Yargıtay, başka bir kararında samimi arkadaşlar (ahbablar) arasında yapılan hukuki işlemlerin, HUMK m.293/4 kapsamında sayılamayacağına, bu sebeple şahitle ispatın caiz olmadığına karar vermiştir³⁰⁰. Postacıoğlu ve Yargıtay, zamanaşımının kesildiğinin ispatı için alacaklının, borçlu tarafından yapılan tediye şahitle ispat edebileceği görüşündedirler³⁰¹. Hemen belirtmekte fayda var ki özellikle Yargıtay kararları, somut uyuşmazlık kapsamında tarafların yakınlıkları, hukuki işlemin vuku bulduğu yer ve zaman değerlendirilerek verilmiştir. Bu sebeple, yukarıda örnek kabilinde verilen her Yargıtay kararı bütün olaylara uygulanabilir nitelikte değildir.

Bu konuda son olarak şu hususa değinmek gerekir; HUMK' un 293. maddesinin 4. fıkrası senetle ispat kuralının bir istisnasıdır. Bu sebeple taraflar, hukuki işlemin senede bağlanmamasının teamül (adet) olarak kabul edilmesine karşın hukuki işlemi senede bağlamışlarsa, bu senede karşı ileri sürülecek savunmaların senetle ispat edilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle HUMK m. 293/4, senede karşı senetle ispat mecburiyetinin istisnası değildir³⁰².

3.2.4.5. Senedin Kaybolması Hali

Senedin kaybolması halinde, bazı şartlar mevcut ise senede konu olan hukuki işlem, şahitle ispat edilebilir. HUMK' un 294. maddesi senedin kaybolması halinde, hangi şartlarla şahit dinlenebileceğini şöyle açıklamıştır. “Negahani bir hadise veya mücbir bir sebep ile senedin sahibi yedinde yahut her ne suretle olursa olsun alelusul tevdi olunan resmi memur nezdinde zayi olduğu hakkında kanaatbahş delil ve emareler mevcut olduğu takdirde şehadetle dava ispat olunabilir”. Görüldüğü üzere HUMK, senedin kaybolması halinde, şahit dinlenebilecek durumları iki ihtimal üzerinden açıklamıştır. Birinci ihtimalde senedin, sahibinin elindeyken kaybolması söz konusuysen ikinci ihtimalde senet, usulüne uygun tevdi edildiği resmi memur (daire) nezdinde kaybolmaktadır.

²⁹⁸ Bu kararın incelenmesi için bkz. POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 160.

²⁹⁹ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 162.

³⁰⁰ 4. HD 22.6.1965, 10906/3327 (KURU, C. II, s. 2276)

³⁰¹ Bu konudaki Yargıtay kararları ve eleştirileri için bkz. POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 162-164.

³⁰² ALANGOYA, s. 523; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 419; POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 249.

3.2.4.5.1. Senedin Sahibinin Elinde Kaybolması

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 294. maddesinin öngördüğü birinci ihtimalde senet, sahibinin elindeyken kaybolmuştur. Bu durumda şahit dinlenilebilmesi için senedin ani veya mücbir olay sebebiyle kaybolması gerekir. Bu anlamda hukuki işlem için şahit dinletmek isteyen taraf, ilk olarak senet elindeyken, kendi kusuru olmaksızın, ani veya mücbir olay nedeniyle kaybolduğunu takdiri delillere ispat etmesi gerekir³⁰³. Ancak tacir kişiler, saklamakla mükellef oldukları ticari defterlerin ve senetlerin ani veya mücbir olay sebebiyle kaybolduğunu, TTK'nun 68. maddesinin özel düzenlemesi sebebiyle ancak zayi belgesi ile ispat edebilirler³⁰⁴. Kanun metninin açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere bu ihtimal kapsamında şahit dinletilebilmesi için senedin sahibinin elindeyken kaybolması gerekir. Senet, alacaklının değil de, resmi memurlar dışında üçüncü bir kişinin elindeyken ani veya mücbir olay nedeniyle kaybolursa, hukuki işlem için şahit dinlenemez³⁰⁵. Ancak senetlerin icrası ve idaresi için kendisine senet bırakılan kişileri, üçüncü kişi olarak kabul etmemek gerekir. Örneğin büyük bir fabrikada, idare etmesi için kendisine senet teslim edilen muhasebeciyi yahut icra etmesi için kendisine senet tevdi edilen avukatı, üçüncü kişi saymamak kanunun ruhuna uygun düşer³⁰⁶.

³⁰³ BERKİN; s. 138; TUĞSAVUL, s. 781; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 421.

³⁰⁴ “Davalı ticari bir şirket olduğuna göre Ticaret Kanununun 68. maddesi gereğince yangın dolayısıyla ziyana uğradığını, müdafaa ettiği saklamağa mecbur olduğu tediye vesika ve defterlerinin ziyarı öğrendiği tarihten itibaren 15 gün içinde mahkemeye müracaat ederek bir vesika alması icap etmiş olup böyle bir vesika alınmaması halinde defterleri ibrazdan kaçınmış sayılacağı cihetle bu kanunun 81. maddesi delaletiyle HUMK'un 332. maddesi yönünden davalının tediye müdafaaasının kabul edilmeyerek davacının ademi tediye hakkında iddiasının kabulünde ve HUMK'un 294. maddesi gereğince davalının şahitlerinin dinlenmemesinde usule aykırılık bulunmadığı...” (Y. TD. 22.01.1968-1625/381 karar için bkz. KAÇAK, s. 516.)

³⁰⁵ KURU, C. II, s. 2282; POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 142-143. Postacıoğlu; bu görüşünü şu gerekçelerle açıklamıştır. “Eğer üçüncü şahıs nezdinde senedin ziyayı şehadete yol açsa idi kanunun ispat rejmine ait hükümlerinin bilvasıta ihlaline birçok hallerde imkân ve fırsat verilmiş olurdu. Herhangi bir şahıs bilfarz komşusunda çıkan yangını vesile ittihaz ederek kendisine şu veya bu sebeple tevdi ettiğini iddia eyleyeceği senedin bu suretle ziyaya uğradığını ispata kıyam edebilirdi. Saniyen, normal olan senedin bizzat sahibi tarafından muhafazasıdır. Bu muhafaza vazifesini bizzat yerine getirmeyip, bununla üçüncü şahsı tavzif eden kimse ihmal ve kusurunun avakıbine katlanmak zorunda kalmalıdır.” Aksi görüş için bkz. BERKİN, s.141. Berkin'e göre senet, “resmi memur olsun olmasın herhangi bir emin sıfatile ziyet nezdinde kaybolmuş olması halinde de 294 üncü maddeyi tatbik etmek, bu maddenin gayesine aykırı değildir”

³⁰⁶ TUĞSAVUL, s. 781. Yargıtay, eski tarihli bir kararında, bu görüşün aksine bir karar vermiştir. “Senedin avukat elinde kaybolduğu iddia edilmesine ve avukatın bir resmi memur bulunmamasına göre bu olayda HUMK m.294'deki şartlar yoktur.” (HGK 03.10.1962 T. 7/70-93 KURU, C. II, s. 2283)

Bu konuda ani ve mücbir sebep kavramını da irdelemek gerekir. Yangın, deprem, su baskını gibi afetlerin ani ve mücbir olay kapsamında sayılacağı muhakkaktır³⁰⁷. Ancak, bazı olayların ani ve mücbir sebep kavramına dâhil olup olmadığı şüphelidir. Örneğin, karşı tarafın (senet aleyhine kullanılacak kişinin) kusurlu hareketinin HUMK m.294 kapsamına girip girmeyeceği kanun metninde açık değildir. Postacıoğlu, böyle bir durumda, Fransız içtihatlarını da tetkik ederek şahitle ispata cevaz verilmesi kanaatindedir³⁰⁸. Yazar, aynı şekilde senedin hırsızlık nedeniyle, sahibinin elinden çıkması halini de ani ve mücbir sebep olarak kabul etmiştir. Bu sebeple çalınan senedin muhteviyatının şahitle ispat edilebileceğini savunmaktadır³⁰⁹. Yargıtay da yerleşmiş içtihatlarında, hırsızlık sebebiyle sahibinin yedinde kaybolan senetler için şahit dinlenebileceğine karar vermektedir³¹⁰. Buna karşılık, Yargıtay bir kararında, hırsızlık olayının meydana gelmesinde senet sahibinin de kusurunun bulunduğunu belirterek şahitle ispata izin vermemiştir³¹¹.

3.2.4.5.2. Senedin Resmi Memurun Elinde Kaybolması

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 294. maddesinin belirttiği ikinci ihtimal ise senedin resmi bir memura usulüne uygun olarak tevdi edildikten sonra memurun elinde (resmi dairede) kaybolmasıdır. Böyle bir durumda, birinci ihtimalden farklı olarak, senedin ani veya mücbir sebepten kaybolması şart değildir³¹². Hukuki işlemi şahitle ispat etmek isteyen taraf, hukuki işlemin bağlı olduğu senedi, resmi memura tevdi ettiğini ve senedin resmi memur

³⁰⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BERKİN, Necmeddin M.; **Senetle İspata İmkan Bırakmayan Mücbir Sebep ve Fevkalede Haller**, İÜHFİM, C.XXXV, S. 1-4, İstanbul 1970.

³⁰⁸ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 142.

³⁰⁹ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 144. Aynı görüşte KURU, C. II, s. 2283.

³¹⁰ “Davacı tarafından açılan davada düzenlenmiş ve yedinde bulunan senedin davalılarca meşru olmayan yollardan daha açık bir anlatımla hırsızlık yoluyla ele geçirildiği iddia edilmiş olmasına göre HUMK’un 294. maddesi hükmünce iddianın şahitle ispatına imkân bulunmaktadır. Mahkemenin bu yönü gözetmeden ve noksan tahkikatla davayı reddetmesi isabetsizdir” (Y. HGK E.1993/19-819 K. 1994/75 T. 16.02.1994, ERDEMİR, s.1359)

³¹¹ “Yargıtay’ın yerleşmiş uygulamalarında da senedin çalınması bu madde (HUMK m.294) kapsamında mütalaa olunmuş ve çalınma olayı ile ilgili olayın gerçekliği samimi ve inandırıcı bulunursa ve çalınma hadisesinde çaldırmanın bir kusuru yoksa senedin kapsamına giren hususların şahitle ispatına imkan tanınmıştır. Nevarki olayda çalınmayla ilgili olarak açılan ceza davası beraatle sonuçlandığı gibi, senedin kendi bürosunda çalınmasında davacının kusurlu bulunduğu, ihmalkâr davranışının sonuca etkili olduğu görüldüğünden konunun bu nedenle şahitle ispatı mümkün değildir.” (Y. HGK E. 1993/15-17 K. 1993/17 T. 21.4.1993, ERDEMİR, s. 1359)

³¹² KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 421; POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 145.

elinde kaybolduğunu ispat etmesi yeterlidir. Aksi görüşte olan Berkin ise kanun maddesinin lafzını farklı şekilde yorumlamıştır. Yazara göre, senedin resmi memur nezdinde kaybolması halinde de HUMK'un 294. maddesinin uygulanması için senedin nagihani bir hadise veya mücbir sebepten zayi olması gerekir³¹³.

İkinci ihtimal çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin, mahkeme veya icra dairesine tevdi edilmiş bir senet, memurun veya üçüncü bir kişinin kusuru yüzünden kaybolmuş olabilir. Ya da bir mükellefi denetime tutan vergi dairesi, incelemek için alıkoyduğu belgeleri kaybedebilir. İşte bütün bu durumlarda senedin resmi bir kuruma teslim edildiği ve senedin resmi memur (resmi daire) nezaretinde kaybolduğu takdirde delillerle ispat edildikten sonra senedin bağlı olduğu hukuki işlem şahitle ispat edilebilir³¹⁴. Şahit dinletmek isteyen tarafın, memurun yahut üçüncü bir kişinin kusurunu ispat etmesine gerek yoktur.

3.2.4.6. Senedin Kanuna ve Ahlaka Aykırı Bir Sebepden Verildiğinin İspatı

Hukuki işlemin konusu, emredici hukuk kurallarına, ahlak kurallarına, kamu düzenine ve şahsiyet haklarına aykırı olamaz. Hukuki işlemin belirtilen hususlara aykırı olması, yapılan işlemi kesin hükümsüz kılar (BK. m.19,20)³¹⁵.

Konumuz için önemli olan nokta ise yukarıda belirttiğimiz unsurların nasıl ispat edileceğidir. Bu konuyu üç farklı ihtimale göre incelemek gerekir. Birinci ihtimalde taraflar, senedin kanuna, ahlaka, kamu düzenine veya şahsiyet haklarına aykırı bir sebep için düzenlendiğini senet metni üzerine yazabilirler. Bu durumda, şahide başvurmaya gerek kalmaz. Gayri meşru sebep, senet metnine yazılmıştır³¹⁶.

İkinci ihtimalde taraflar, senede gayrimeşru sebepten başka geçerli bir borç sebebi yazmış olabilirler. Bu durumda, senede karşı senetle ispat kuralı gereği senedin gayrimeşru bir sebeple düzenlendiği şahitle ispat edilemez³¹⁷.

³¹³ BERKİN, s. 141.

³¹⁴ KURU, C. II, s. 2288.

³¹⁵ OĞUZMAN / BARLAS, s. 178; TUĞSAVUL, s. 779.

³¹⁶ TUĞSAVUL, s. 779; KURU, C. II, s. 2423.

³¹⁷ TUĞSAVUL, s. 779; KURU, C. II, s. 2423.

Üçüncü ve doktrinde tartışma yaratan ihtimal ise tarafların hukuki işlemin kesin hükümsüzlükle geçersiz sayılmasını engellemek ve bu işlemde doğan yükümlülüklerin icrasını sağlamak için, kayıtsız şartsız borç ikrarını havi senetler (özellikle bono) düzenlemeleridir. Gerçekte düzenlenen bu senetlerde, kesin hükümsüzlük nedeniyle geçersizdir. Tartışmalı nokta ise bu tür senetlerin kanuna, ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı olarak verildiğinin nasıl ispatlanacağıdır. Acaba bu durumda, senede karşı senetle ispat kuralı gereği, sözü edilen senedin geçersizliği senetle mi ispat edilmek zorundadır, yoksa senet aleyhine ibraz edilen kişi, bu senedin belirtilen kurallara aykırılığını şahitle ispat edebilir mi?

Doktrin de bu husus tartışmalıdır. Yıldırım ve Tuğsavul' a göre senedin, ahlaka ve adaba aykırı sebeple verildiğinin ispatı isticvap yoluyla yahut şahit beyanları ile sağlanabilir³¹⁸. Kuru ise şahitle ispata cevaz verilmesi halinde işlem güvenliğinin kalkacağını ve özellikle bono gibi kayıtsız, şartsız borç ikrarına havi bu tür senetlerin yalancı şahitlerle kolayca bertaraf edilebileceğini belirterek, şahitle ispata cevaz vermemektedir³¹⁹. Yargıtay ise birçok kararında senedin kanuna, ahlaka, kamu düzenine veya şahsiyet haklarına aykırı bir sebeple verildiği iddiasının şahitle ispat edilebileceğine karar vermiştir³²⁰.

3.2.4.7. Senedin Kumar veya Bahis Sebebiyle Verildiğinin İspatı

Kumar, birden fazla kişinin kazanç sağlamak üzere, kişisel yeteneklerini ortaya koydukları veya sonucunu şans veya tesadüfe bıraktıkları ve kazanacak olan tarafa bir edim taahhüt ettikleri anlaşma olarak tanımlanmıştır³²¹. Bahis ise birden fazla kişinin birbirine zıt iddialar ortaya atıp, iddiasında haklı çıkan tarafa bir edim taahhüt ettikleri anlaşmadır³²². Hukukumuz açısından bu ayırımın pratik bir faydası yoktur. Çünkü BK'nu her iki anlaşma türünü de aynı hukuki hükümlere tabi tutmaktadır³²³.

³¹⁸ YILDIRIM (Delillerin Değerlendirilmesi), s. 214; TUĞSAVUL, s. 779; ALANGOYA, s. 527.

³¹⁹ KURU, C. II, s. 2422 vd.

³²⁰ “Yargıtay uygulamasına göre, örneğin borcun kumardan kaynaklandığı ya da ahlak ve adaba aykırı bir amacın tahakkuku için verildiği yolundaki savunma da tanıkla kanıtlanabilir.” (HGK 20.03.2002 T. 2002/913-77 E. 2002/206 K. İBD 2003/1 s. 158)

³²¹ KILIÇOĞLU, Ahmet; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2005, s. 24; EREN, s. 84.

³²² KILIÇOĞLU, s. 24; EREN, s. 84.

³²³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 54.

Borçlar Kanunu'nun 504. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, kumar ve bahis bir alacak hakkı doğurmaz. Ancak BK'nun 505. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca rızaen ödenen kumar ve bahis borçları geri istenemez. Doktrindeki bir görüşe göre, BK'nun 504. maddesinin birinci fıkrasından anlaşılması gereken alacak hakkı değil dava hakkıdır. Zira ortada geçerli bir borç ilişkisi vardır. Bu anlamda, kumar ve bahisten doğan borç, dava hakkından yoksun eksik bir borçtur³²⁴. Diğer bir görüşe göre ise kumar ve bahisten, hukuki anlamda hiçbir borç doğmaz. Çünkü borçluyu, ne dava yoluyla ne mahkeme dışı zorlamak mümkün değildir. Bu anlamda, BK'nun 505. maddesinin 2. fıkrasının kumar ve bahisten doğan borcun geri alınmayacağına ilişkin hükmü, alacaklıya kendisine verileni muhafaza etmek için kanunun verdiği açık bir kazanma (iktisap) sebebinden başka bir şey değildir³²⁵. Doktrindeki bu iki görüşün ittifak ettiği noktası ise kumar ve bahisten kaynaklanan borçlar için dava ve icra takibine başvurulamayacağıdır³²⁶. Başvurulduğu takdirde ise borçlu taraf, buna itiraz edebileceği gibi hâkim de bu hususu resen dikkate almak zorundadır³²⁷.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, kumar ve bahis borçları rıza ile ödeme dışında, alacaklıya talep hakkı vermezler. Bu sebeple, bir senedin kumar veya bahisten kaynaklandığının ispatı önem taşır³²⁸. Alangoya'ya göre, bir senedin kumar veya bahis nedeniyle düzenlendiğine dair bir belgenin karşı taraftan sağlanması mümkün değildir. Çünkü taraflar arasında senedin icra kuvvetini kaldıracak böyle bir senedin düzenlenmesi, lehdarın senet almasını anlamsız kılar. Bu sebeple de kumar ve bahisten kaynaklanan borçlar, HUMK'un 293. maddesinde belirtilen diğer imkânsızlık nedenleriyle aynı esaslara tabi tutulmalı ve şahitle ispat edilebilmelidir³²⁹.

³²⁴ EREN, s. 84; KILIÇOĞLU, s. 24.

³²⁵ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 27; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 55. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Alttop görüşlerini şu şekilde gerekçelendirmişlerdir; "Borç doğurmasa bile verilmiş bir sözün, yerine getirildikten sonra da hükümsüz sayılmasında bazı sakıncalar bulunabilir. Zira daha çok ahlaki nitelikte olan veya geleneklere dayanan toplumsal telakkiler, yerine getirilmiş bazı sözlerin geri alınmasını hoş karşılamaz. Mesela kumar ve bahis denen ve aslında bir borç teşkil etmekten uzak olan işlemler için durum budur. Toplum, kumarda kaybedenin verdiği parayı geri istemesini, söze sadakatsizlik sayar ve bunu caiz görmez."

³²⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 55; EREN, s. 84; KILIÇOĞLU, s. 24.

³²⁷ REİSOĞLU, Safa; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2008, s. 34; EREN, s. 84; KILIÇOĞLU, s. 24; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 55.

³²⁸ Senet üstüne borç sebebinin yazılması halinde, ispatın hangi vasıtalarla ve nasıl yapılacağına ilişkin bkz. Senedin Kanuna ve Ahlaka Aykırı Bir Sebepden Verildiğinin İspatı s. 77 vd. Bu bölümdeki açıklamalarımız, kayıtsız şartsız borç ikrarını ihtiva eden senetler içindir.

³²⁹ ALANGOYA, s. 526-527.

Aksi düşüncede olan Kuru'ya göre ise kumar ve bahsin bir alacak hakkı doğurmaması ile bir senetteki borcun kumar ve bahisten doğduğunun ispatı ayrı şeylerdir. Bu anlamda senedin alacak hakkı doğurmadığını söylemek için ilk olarak senedin kumar ve bahisten kaynaklanan bir borç olduğunun ispatı gerekir. Bu ise diğer bedelsizlik iddialarında olduğu gibi senede karşı ileri sürülen bir iddiadır ve ancak senetle ispat edilebilir. Aksi halde, yani bu iddiaların şahitle ispat edilebileceğinin kabulü, işlem güvenliğini ortadan kaldırır³³⁰.

Yargıtay ise ekseri kararlarında, senedin, kumar veya bahis borcundan kaynaklandığının şahitle ispat edilebileceğine hükmetmiştir³³¹. Ancak Yargıtay, senedin kumar borcu nedeniyle düzenlenmesi ile düzenlenen senet karşılığında kumar oynanması veya senedin kumar fişi karşılığında düzenlenmesini, hukuki olarak farklı rejimlere tabi tutmuştur. Örneğin Yargıtay bir kararında, kumar fişi karşılığı imzalanan senedin, kumar borcu olarak nitelendirilemeyeceğini belirttiikten sonra, bu iddianın şahitle ispatına izin vermemiştir³³².

3.2.4.8. Yabancı Ülkede Yapılan Hukuki İşlemlerin İspatı

Türkiye'de yapılan hukuki işlemlerin kanunun öngördüğü sınırların kapsamına girmesi halinde senetle ispat edilmesi gerektiğini belirtmiştik. Bu noktada akla gelen soru şudur; Türk mahkemesinin, yabancı ülkede yapılmış bir hukuki işlem için de senetle ispat kuralını uygulaması gerekir mi? Bu sorunun cevabını sağlıklı verebilmemiz için bağlama kurallarına değinmemiz gerekir.

İlk olarak şunu belirtmek gerekir ki, uyuşmazlık yabancı unsurlu olsun yahut olmasın, hâkimin yargılamada uygulayacağı usul hukuku, hâkimin bağlı olduğu kendi hukukudur (lex fori). Senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kuralları da usul hukukuna ilişkin kurallardır.

³³⁰ KURU, C. II, s. 2422 vd

³³¹ “İddianın niteliğine ve bir borcun kumar veya bahis borcu olduğuna ilişkin bir senet düzenlenmesi müteammal olamayacağından, bu şekildeki iddianın HUMK m.293. maddesi uyarınca tanıkla ispatı mümkün iken aksine hüküm kurulması doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir (Y. 11. HD. 22.10.1991-3731/5585, Aynı yönde; Y. 11. HD. 03.03.1980-3054/2907 kararları için bkz. KAÇAK, s. 474.)

³³² Kararın gerekçesi şu şekildedir “...Davacılar, dava dilekçesinde, davalıların etkisi ile kumar oynamak üzere davalılar tarafından fiş bedeli karşılığında kendilerine senet imza ettirildiğini bu fişleri kumarda kaybettiklerini bildirmişlerdir. Bu oluşa göre davacıların kumar oynamak üzere davalılara borçlandıklarının kabulü gerekir. Alınan borç fişi karşılığı düzenlenen senedin kumar borcu şeklinde nitelenmesi ve iddianın şahitle ispatına olanak tanınması isabetsizdir.” (Y. 19. HD 06.06.1994-6229/5752 karar için bkz. KAÇAK, s. 475).

Bu sebeple prensip olarak, senetle ispat kurallarının uygulanması da hâkimin hukukuna tabi olacaktır. Ancak doktrinde bu kurallara lex forinin mutlak manada uygulanmaması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre senetle ispat kuralları her ülkede uygulama alanı bulamaz. Bu nedenle de senetle ispat kuralları hakkında hâkimin hukukunun uygulanması yabancı ülkede yapılmış olan hukuki işlemlerin ispatını oldukça güçleştirir. Örneğin senetle ispat kuralı bulunmayan İsviçre’ de taraflar arasında sözlü olarak yapılmış bir satım sözleşmesi hakkında senetle ispat kuralı uygulanmamalıdır³³³.

Yukarıda belirttiğimiz görüşün kabulü ve senetle ispat kuralları hakkında lex forinin uygulanmaması halinde senetle ispat kurallarının hangi hukukun uygulama alanına gireceği önem taşır. Doktrinde, bu konuda ileri sürülen bağlama kuralı hukuki işlemin yapıldığı yer hukukudur. Bu düşünceye göre senetle ispat kuralının uygulanıp uygulanmayacağı hukuki işlemin yapıldığı yer hukukuna göre belirlenmeli ve yine bu hukuka göre kapsamı değerlendirilmelidir³³⁴. Bu anlamda da Türkiye dışında yapılan hukuki işlemler, yapıldıkları ülke hukukuna göre şahitle ispat edilebiliyorsa, Türk hâkimi de bu işlemlerin, şahitle ispat edilebilmesine izin vermelidir.

3.2.4.9. Taraflar Arasında Şahit Dinlenilmesi Yönünde Delil Sözleşmesinin Varlığı

3.2.4.9.1. Genel Olarak

Senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kurallarının diğer bir istisnası, taraflar arasında bir delil sözleşmesinin mevcudiyeti halinde kendini gösterir³³⁵. Taraflar arasında belirli bir husus hakkında şahit dinlenmesine dair bir mutabakat (delil sözleşmesi) varsa taraflar, senetle ispat yahut senede karşı senetle ispat kuralının kapsamına giren hukuki işlemler hakkında şahit dinletebilirler.

Delil sözleşmesi, belirli bir hususun sadece belli bir delil ile ispat edileceği veya ispata konu husus için caiz olan delillerin yanına başka delil veya delillerin eklenmesi hakkında tarafların anlaşması olarak tanımlanmaktadır³³⁶. HUMK’ un 287 maddesinin 2. fıkrası ise delil sözleşmesini şu şekilde açıklamıştır “ İki tarafça muayyen deliller ile ispatı tahriren

³³³ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 16; KURU, C. II, s. 2314.

³³⁴ KURU, C. II, s. 2315; POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 17

³³⁵ SONER, Lütfü Fikri; **Senetle İspat Zorunluluğu, Delil Sözleşmesi ve Tanık Dinletilmesi**, ABD, Y. 1975, Mayıs-Haziran S. 3, s. 657.

³³⁶ KURU, C. III, s. 2881.

kabul edilmiş olan veya muhakeme esnasında olveçhile beyinlerde karar verildiği ikrar olunan maddeler hakkında başka delil kabul olunamaz.”

Doktrinde, delil sözleşmesi bir usul sözleşmesi olarak kabul edilmiştir³³⁷. HUMK’ un 287. maddesi, delil sözleşmesini açıkça düzenlediği için, usul sözleşmeleri için mevcut olan caizlik tartışmasına delil sözleşmesi bakımından girmek yersiz olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki delil sözleşmesi sadece taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda yapılabilir. Resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda, hâkim dava için gerekli bütün delillere, resen başvurabildiği için delil sözleşmesi hâkimi bağlamaz³³⁸.

Delil sözleşmesinin geçerli olabilmesi için uyumsuzluğun ve delillerin belirli olması gerekir. Bu anlamda tarafların, hangi uyumsuzluk için delil sözleşmesi yaptıklarını ve hangi delilleri sözleşme ile yasakladıklarını veya caiz hale getirdiklerini açıkça belirtmeleri gerekir. Örneğin tarafların, “aramızdaki tüm hukuki ilişkilerin ispatı için şahit dinlenebilir” şeklinde düzenledikleri delil sözleşmesi belirlilik koşuluna uymadığı için geçerli değildir³³⁹.

Delil sözleşmesinin düzenleniş amacı, belirli vakıaların, taraflarca belirlenmiş delillerle ispat edilebilmesini sağlamaktır. Bu anlamda taraflar delil sözleşmesi ile sadece ispat şartı olan yazılı şekil şartını bertaraf edebilirler ya da öngörebilirler. Buna karşılık, taraflar, delil sözleşmesi ile geçerlilik şartı olan yazılı şekil şartını kaldıramaz veya öngöremezler. Örneğin, taraflar, delil sözleşmesi ile kefalet sözleşmesinin şahitle ispat edilebileceğini düzenleseler ve kefalet sözleşmesi yapma hususunda karşılıklı iradelerinin bulunduğunu, şahitle ispatlasalar, hatta bu konu taraflarca ikrar edilmiş olsa bile, BK’nu uyarınca yazılılık şartı, kefalet sözleşmesi için geçerlilik şartı olduğundan, taraflar için kefalet sözleşmesi bağlayıcılık kazanmayacaktır³⁴⁰.

³³⁷ KONURALP (İspat Kuralları), s. 58; TAŞPINAR (İspat Sözleşmeleri), s. 184. Usul sözleşmeleri “mevcut veya gelecekteki bir davada, bir usuli ilişkiyi kurmayı, değiştirmeyi veya ortadan kaldırmayı amaçlayan veya usuli bir işlemin sözleşmede kararlaştırılan şekilde ifası veya ondan kaçınılması hususunda bir mükellefiyet doğuran, etkilerini doğrudan usul hukuku alanında gösteren, iki taraflı bir usul işlemi” olarak tanımlanmıştır. Tanım için bkz. KARSLI, Abdurrahim, **Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler**, İstanbul 2001, s. 224.

³³⁸ KURU, C. III, s. 2883; KONURALP (İspat Kuralları), s. 60; TAŞPINAR (İspat Sözleşmeleri), s. 193.

³³⁹ KONURALP (İspat Kuralları), s. 60; KURU, C. III, s. 2884,

³⁴⁰ SONER, s. 657; PEKCANITEZ/ ATALAY / ÖZEKES, s. 431; KURU, C. III, s. 2883; BATTAL, Ahmet; **Bankacılık İşlemlerinde İspat Usulü ve Delil Sözleşmeleri**, BATİDER, C.XIX, S.21, 1997, s. 130.

Delil sözleşmeleri, münhasır delil sözleşmeleri ve münhasır olmayan delil sözleşmeleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Aşağıda, delil sözleşmesinin bu türleri ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

3.2.4.9.2. Delil Sözleşmesi Türleri

3.2.4.9.2.1. Münhasır Delil Sözleşmesi

Davanın açılmasından önce veya sonra taraflar, bir hususun (vakıanın) yalnız belirli bir delil (veya delillerle) ispat edileceği hakkında bir sözleşme yaparlarsa bu sözleşmeye münhasır delil sözleşmesi adı verilir³⁴¹. Bu durumda taraflar, aralarındaki ihtilafı hususu ancak sözleşme ile belirledikleri delil (veya delillerle) ile ispat edebilirler. Bu konuda başka delil gösteremezler³⁴². Diğer bir ifade ile uyumsuzluğun ispatını, belirledikleri delillere hasrederler. Bu anlamda, taraflar senetle ispatı gereken bir hususun şahitle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi takdiri delillerle ispat edilebilecek bir konunun da sadece senetle hatta resmi senetle ispatlanabileceğini kararlaştırabilirler.

Münhasır delil sözleşmesi ile taraflar, aralarındaki ihtilafı hususun ispatı için sadece bir delil gösterebilecekleri gibi belirli olmaları şartıyla birden fazla delili de sözleşmeye dâhil edebilirler. Örneğin taraflar aralarındaki hukuki işlemin ispatını, senet ve tanık deliline bağlayabilirler³⁴³.

Uygulamada münhasır delil sözleşmeleri sıklıkla genel işlem şartlarında kullanılırlar. Özellikle sigorta şirketleri ve bankalar kendi tuttukları kayıtların tek ve kesin delil olarak kullanılmasını sağlamak için bu tür delil sözleşmelerini, sigorta veya banka sözleşmelerine dâhil etmektedirler. Örneğin bankalar, müşterileri ile aralarındaki muhtemel bir uyumsuzluk hakkında sadece banka tarafından tutulan defter ve bilgisayar kayıtlarının delil olabileceğini ve tarafların başkaca bir delil ileri süremeyeceğini dair kayıtları, kredi kartı, banka kartı ve müşteri hesap sözleşmelerinde kullanmaktadırlar³⁴⁴. Bu tür kayıtların geçerli olup olmadığı şüphelidir. Konuralp, genel işlem şartları içinde delil sözleşmesinin kullanılmasına, dava ve savunma hakkının kullanılmasının önemli ölçüde etkilenmemesi şartıyla cevaz vermektedir.

³⁴¹ BATTAL, s. 130; KURU, C. III, s. 2885.

³⁴² KURU, C. III, s. 2885. “İki taraf bir hususun ispatını muayyen bir delile bağlamak suretiyle delil mukavelesi aktebilir” (Y. 3. HD. 1958/3642 E. 1958/3136 K. 22.05.1958 T, EROL, s. 116).

³⁴³ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 432; KURU, C. III, s. 2887.

³⁴⁴ BATTAL, s. 134; KONURALP (İspat Kuralları), s. 64.

Ancak yazar, tarafların, delil göstermelerini kısıtlayıcı nitelikteki delil sözleşmelerini içeren genel işlem şartlarının geçersiz sayılabileceğini savunmaktadır³⁴⁵. Kanaatimizce de genel işlem şartlarında düzenlenen münhasır delil sözleşmeleri ile bir tarafın delil sunma hakkı önemli ölçüde azaltılmaktadır. Bu sözleşmelerle, taraflardan biri aleyhine deliller kısıtlanmakta, hâkim olan tarafın belge ve kayıtlarının tek ve kesin delil olarak kabul edilmesi sağlanmaktadır. Bu durum, usul hukukunun temel ilkelerinden olan silahların eşitliği ilkesine aykırıdır. Bu sebeple, genel işlem şartlarındaki bütün delil sözleşmeleri değil ama en azından bir tarafın delil göstermesini kısıtlayıcı nitelikteki genel işlem şartları geçersiz sayılmalıdır.

Sık karşılaşılan münhasır delil sözleşmesi tipi ise hakem bilirkişi sözleşmeleridir. Bu sözleşmeler, özellikle sigortacılık sözleşmelerine ve uluslar arası alım satım sözleşmelerine bir şart olarak eklenmektedirler³⁴⁶. Bu şart (sözleşme) uyarınca, taraflar uyuşmazlık konusu zararın veya malın, miktarının ve özelliklerinin tespitini ve değerlendirilmesini belirli kişilere bırakmayı ve bu kişilerin tespitleriyle bağlı kalmayı kabul ve taahhüt ederler. Bu kişiler yaptıkları değerlendirme ve tespiti dayanarak bir rapor hazırlayarak taraflara sunarlar. Ancak normal bilirkişilikten farklı olarak bu kişilerin hazırladıkları raporlar (ve aldıkları kararlar) tarafları ve hâkimi bağlar³⁴⁷. Ancak bu bağlayıcılığı kesin olarak algılamamak gerekir.

³⁴⁵ KONURALP (İspat Kuralları), s. 65.

³⁴⁶ “Taraflar arasındaki akdi ilişkiyi düzenleyen hırsızlık sigortası poliçesi genel şartlarının hasarın tespitine ilişkin 14. maddesinde, hasar miktarı konusunda tarafların anlaşamamaları halinde bu uyuşmazlığın hakem-bilirkişi aracılığıyla çözümü gerektiği hükme bağlanmış bulunmaktadır. Sözleşmenin bu hükmü, HUMK.nun 287. maddesinde düzenlenen bir delil sözleşmesi niteliğinde olduğundan, tarafları bağlar.” (Y. 11. HD. 1996/9065 E. 1997/366 K. 28.01.1997 T. Kazancı otomasyonu)

³⁴⁷ “İnşaat sözleşmesinin 2. maddesinde yapıların metrajının ve karşılığı paranın nasıl tespit edileceği gösterilmiş ve üç kişinin vereceği karara tarafların muvafakat edecekleri açıklanmıştır. Anlaşmada, bu kişilerin birer hakem olarak atandıklarına ilişkin hiçbir kayıt yoktur. O halde, bu anlaşma, bir hakem sözleşmesi değildir ve karar verecek olan kişiler hakem bilirkişi niteliği taşımaktadırlar. Hakem-bilirkişi atanmasına ve onların raporlarının (ki akitte karar denilmiştir) taraflarca kabul edileceğine ilişkin anlaşma, hukuki nitelikçe, Usulün 287. maddesinin 2. fıkrasına uygun bir delil anlaşması olduğundan dolayı, hakem bilirkişi raporları, mahkemece görülen davalarda usulünce seçilen bilirkişi raporlarından farklı olarak gerek tarafları gerekse mahkemeyi bağlar” (HGK 05.05.1965 T./776-198 KURU, C. III, s. 2900). Ancak Yargıtay farklı kararlarında hakem bilirkişi prosedürünü çeşitli gerekçelerle atlayarak mahkemece bilirkişi atanarak tespit yapılmasına onay vermiştir. “Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre ve her ne kadar Konut Sigortası Poliçe Genel Şartları'nın B.4 maddesinde, tarafların zarar miktarı konusunda anlaşamadıkları takdirde hakem-bilirkişiye gidileceği öngörülmüş ise de, davacı taraf davalı sigortaca belirlenen hasar bedelinin bir kısmını ihtirazi kayıtlı tahsil edip, bakiye zararı için bu davayı açtığına göre, bu aşamadan sonra hakem-bilirkişi prosedürüne başvurulması isabetli olmayacağından davalı vekilinin yerinde görülmeyen aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan

Taraflar, hakem bilirkişilerin adalete ve nesafete aykırı olarak karar verdiklerini iddia ederek hakem bilirkişilerce hazırlanan raporların iptalini isteyebilir³⁴⁸. Diğer taraftan, hakem bilirkişi raporlarının bağlayıcı olabilmesi için bu kişilerin tarafsız olması da şarttır. Bu anlamda taraflardan birine bağlı olarak hareket eden bilirkişilerin hazırladıkları raporlar tarafları ve mahkemeyi bağlamaz³⁴⁹.

3.2.4.9.2.2. Münhasır Olmayan Delil Sözleşmesi

Taraflar, yaptıkları sözleşme ile delillerini hasretmez (daraltmaz) aksine ispatın konusunu oluşturan hususun başka delillerle de ispat edebileceğini kararlaştırırlarsa (diğer bir ifade ile delillerini genişletirlerse), bu delil sözleşmesine, münhasır olmayan delil sözleşmesi denir³⁵⁰. Bir başka anlatımla, ispat konusu vakıa, yapılan delil sözleşmesi ile kanunen mümkün olan delilerin yanında tarafların kararlaştırdığı başkaca delillerle de ispatlanabiliyorsa, tarafların yaptığı bu delil sözleşmesi münhasır olmayan delil sözleşmesidir³⁵¹. Bir delil sözleşmesinin münhasır delil sözleşmesi mi yoksa münhasır olmayan delil sözleşmesi mi olduğu hakkında bir şüphe varsa bu delil sözleşmesi münhasır olmayan delil sözleşmesi olarak kabul edilmelidir³⁵².

Kuru'ya göre, münhasır olmayan delil sözleşmesinin en önemli örneği senetle ispatı gereken bir hukuki işlemin, şahitle de ispat edilebileceği yönünde yapılan delil sözleşmesidir.

diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir. “ (Y. 11. HD. 2000/9400 E. 2001/491 K. 29.01.2001 T. Kazancı otomasyonu)

³⁴⁸ YILDIRIM (Delillerin Değerlendirilmesi), s. 262; KONURALP (İspat Kuralları), s. 61; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 433; KURU, C. III, s. 2907. ” Taraflar arasındaki Hırsızlık Poliçesi genel şartlarının 14. maddesine göre; ziya ve hasarın miktarı hususunda uyuşmazlık çıkması halinde, hakem bilirkişilere gidileceği hususu ihtilafsız olup, davalı işyerinde meydana gelen hırsızlık olayı nedeniyle ve tarafların zarar hususunda anlaşamamaları üzerine, poliçe genel şartlarındaki prosedür işletilerek taraflar hakem-bilirkişilerini seçmişler, taraf hakemlerinin de zarar hususunda anlaşamamaları nedeniyle üçüncü hakem seçilmiş ve bu hakemin düzenlediği raporun iptali konusunda bu dava açılmış bulunmaktadır. Taraf hakem-bilirkişi raporlarının birbiri ile çelişkili olmasına rağmen, mahkemece her iki raporunda davacı sigortacı lehine düzenlendiğinin kabulünde isabet bulunmamaktadır. Bu durum karşısında davacı, iddia doğrultusunda düzenlenen üçüncü hakem-bilirkişi raporunun iptalinin gerekip gerekmediği konularında uzman bilirkişi kurulu aracılığı ile incelenmesi gerekmektedir.” (Y. 11. HD. 1996/6295 E. 1996/6884 K. 15.10.1996 T. Kazancı otomasyonu)

³⁴⁹ KURU, C. III, s. 2907.

³⁵⁰ KURU, C. III, s. 2921.

³⁵¹ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 433.

³⁵² KURU, C. III, s. 2921; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 433.

Böyle bir sözleşmenin yapılması halinde taraflar, münhasır delil sözleşmesinin aksine ispata konu hukuki işlemi sadece şahitle ispat etmek zorunda olmayıp, hukuki işlemi kesin delillerle de ispat edebilirler. Bunun sebebi, yukarıda belirttiğimiz gibi, münhasır olmayan delil sözleşmesinde delillerin daraltılmayıp aksine genişletilmesidir. Bu durumda, ispat külfeti üzerinde olan taraf, isterse senetle isterse şahitle ve isterse de karşı tarafa yemin teklif ederek hukuki işlemi ispat edebilir³⁵³.

3.2.4.9.3. Delil Sözleşmesinin Şekli

Delil sözleşmesinin nasıl yapılabileceğine dair ilk kural HUMK' un 287. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca “iki tarafça muayyen deliller ile ispatı “tahriren” kabul edilmiş olan veya muhakeme esnasında olveçhile beyinlerde karar verildiği “ikrar” olunan maddeler hakkında başka delil kabul olunamaz”. Anlaşılması güç olsa da HUMK' un bu maddesi uyarınca delil sözleşmesi, taraflarca yazılı olarak veya yargılama sırasında bir tarafın iddiası ve karşı tarafın tutanağa geçirilmiş ikrarı ile gerçekleştirilebilir. Bunun yanı sıra, doktrinde HUMK' un 289. maddesi düzenlemesinin de bir nevi delil sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir³⁵⁴. Bu maddeye göre “288. madde uyarınca senetle ispatı gereken hususlarda yukarıdaki hükümler (senetle ispat kuralının varlığı) hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakati halinde tanık dinletilebilir.” Bu hüküm uyarınca da yargılama sırasında, bir tarafın şahit dinletme talebi ve diğer tarafın açık muvafakati ile delil sözleşmesi yapılabildiği anlaşılmaktadır. Aşağıda, bu kanun hükümleri ışığında delil sözleşmesinin yapılış şekillerini ayrı ayrı incelemeye çalışacağız.

İlk olarak HUMK' un 287. maddesi uyarınca delil sözleşmesi, yazılı olarak yapılabilir. Yazılılık koşulunun sağlanması açısından adi yazılı şekil yeterlidir. Burada belirtilen “yazılı şekil” geçerlilik değil ispat şartıdır³⁵⁵. Bu sebeple, yazılı delil sözleşmesinin mevcudiyeti hakkında şahit dinlenemez. Ancak, delil sözleşmesinin varlığını iddia eden taraf karşı tarafa yemin teklif edebilir³⁵⁶. Taraflar, yazılı delil sözleşmesini davadan önce yapabilecekleri gibi dava açıldıktan sonra da yapabilirler. Delil sözleşmesi, uyuşmazlığın konusunu oluşturan sözleşmeye bir şart olarak konulabileceği gibi ayrı bir sözleşme olarak da düzenlenebilir.

³⁵³ KURU, C. III, s. 2921.

³⁵⁴ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 431.

³⁵⁵ ÖNEN, s. 210; KURU, C. III, s. 2922; TAŞPINAR (İspat Sözleşmeleri), s. 194; KONURALP (İspat Kuralları), s. 60; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 431.

³⁵⁶ KONURALP (İspat Kuralları), s. 60; TAŞPINAR (İspat Sözleşmeleri), s. 194.

Ancak her iki halde de, delil sözleşmesi, asıl sözleşmeden bağımsız (delil sözleşmesinin geçerliliği asıl sözleşmenin geçerliliğine bağlı değildir) bir usul sözleşmesidir³⁵⁷.

Yargıtay, bazı kararlarında, zımnî delil sözleşmesinin de yapılabileceğini kabul etmiştir. Bu anlamda Yargıtay kararlarına göre, taraflar, yaptıkları asıl sözleşmeyi, şahit sıfatı ile üçüncü kişilere de imzalatmışlarsa, aralarında şahit dinletmek hususunda bir nevi yazılı delil sözleşmesi kurulmuş olur³⁵⁸. Bu durumda, sözleşme taraflarının, sözleşmeyi imzalayan üçüncü kişilerin şahit olarak dinlenmesine, peşinen muvafakat ettikleri kabul edilmektedir³⁵⁹.

İkinci olarak, delil sözleşmesi taraflarca sözlü olarak yapılabilir. Ancak, sözlü delil sözleşmesinin kullanılabilmesi için taraflardan birinin bunu iddia etmesi ve karşı tarafın bunu mahkeme önünde ikrar etmesi gerekir (HUMK m.287/2)³⁶⁰. Belirtilen ikrar HUMK'un 151. maddesine uygun olmalıdır. Bu hükme göre tarafların ikrarı, zabıt kâtibince yazıldıktan sonra taraflara okunup imzalatırılmalıdır (HUMK 151/5). Yukarıda belirtilen sebeple, sözlü bir delil sözleşmesinin mevcudiyeti hakkında hangi sebeple olursa olsun şahit dinlenemez. Çünkü Kanunun açık hükmü gereği sözlü delil sözleşmesi ancak taraf ikrarları ile hayat bulur. Ancak sözleşmenin varlığını iddia eden taraf karşı tarafa yemin teklif ederek sözleşmeyi ispat edebilir³⁶¹.

³⁵⁷ PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 431; TAŞPINAR (İspat Sözleşmeleri), s. 194; KONURALP (İspat Kuralları), s. 58.

³⁵⁸ “Hemen belirtelim ki, davada dayanılan protokol ve ek protokolde şahit ve yediemin sıfatıyla taraflar dışında başka kişilerinde imzası bulunmaktadır. Bu durumda, tarafların anılan protokollerden kaynaklanan uyumsuzluklarda imzası bulunan tanık ve yedieminin dinlenmesi gerektiği konusunda bir delil sözleşmesi yaptıklarının kabulü gerekir. O nedenle davalının bu kişilerin savunması doğrultusunda dinlenmeleri isteminin mahkemece reddi doğru değildir.” (Y. 13. HD. 2000/10712 E. 2001/1110 K. 23.01.2001 T., Kazancı Otomasyonu)

³⁵⁹ KURU, C. III, s. 2922.

³⁶⁰ ÖNEN, s. 210. Taşpınar'a göre Yargıtay ve doktrinin kabulünün aksine burada teknik anlamda bir ikrar yoktur. Taşpınar görüşünü şu şekilde gerekçelendirmiştir. “Bir tarafın kendi aleyhine olan bir olgunun doğruluğunu kabul etmesi anlamına gelen ikrar, tek taraflı bir usul işlemidir. İkrara bağlanan hüküm ve sonuçlar, özel olarak düzenlenmiştir. Burada ise tarafların daha önceden yaptıkları bir sözleşme söz konusudur. Dolayısıyla her ikisine bağlanan hüküm ve sonuçlar birbirinden farklıdır. Doktrinde ikrar nitelemesinin kullanılmasına m. 151 anlamında, ikrarın tutanağa geçirilmesi açısından yararlı olduğu ileri sürülmeğe de kanaatimizce bu gerekçeye de gitmeye gerek yoktur. Bizce m. 151,V hükmünü geniş yorumlayarak da bir usul sözleşmesinin varlığını kabulle, genel olarak usul işlemlerinde uyulması gereken yazılılık ilkesi gereği aynı sonuca varmak mümkün olmalıdır.” Bkz. TAŞPINAR (İspat Sözleşmeleri), s. 195

³⁶¹ TAŞPINAR (İspat Sözleşmeleri), s. 194; KONURALP (İspat Kuralları), s. 58.

Son olarak da taraflar, HUMK'un 289. maddesine uygun olarak mahkeme önünde delil sözleşmesi yapabilirler. Bu sözleşme, aslında kesin delillerle (senetle) ispatı gereken bir husus hakkında taraflardan birinin mahkemeye şahit dinletme talebinde bulunması üzerine karşı tarafın buna açıkça muvafakat etmesiyle gerçekleşir (HUMK m.289). Süreç şu şekilde işler; hâkim, kesin delillerle (senetle) ispat edilmesi gereken bir husus hakkında taraflardan birinin şahit dinletme talebinde bulunması halinde, karşı tarafa, aslında bu hususun kesin delillerle ispat edilmesi gerektiğini hatırlatarak şahit dinletmeye muvafakati olup olmadığını sorar. Aleyhine şahit dinletilmek istenen taraf açık şekilde şahit dinletmeye muvafakati olduğunu bildirirse sözleşme kurulmuş olur. Delil sözleşmesinin bu yapılaş şekline bir tarafın şahit dinletme talebinden sonra iki unsurun birlikte bulunması gerekir. Birincisi hâkimin hatırlatma yükümlülüğü, ikincisi ise karşı tarafın açık muvafakatidir. Gerçektende hâkim, aleyhine şahit dinletilmek istenen tarafa, ispata konu hususun kanunen senetle ispat edilmesi gerektiği ve ancak kendi açık muvafakatinin bulunması halinde şahit dinlenebileceğini hatırlatmak zorundadır. Bu hatırlatma olmadan karşı tarafın açık muvafakati olsa bile delil sözleşmesi kurulmuş sayılmaz³⁶². Şahit dinlenebilmesi için gerekli ikinci unsur ise karşı tarafın şahit dinletme hususunda açık muvafakatidir. Şahit dinletmeye zımnî muvafakat delil sözleşmesinin kurulması için yeterli değildir. Bu sebeple, aleyhine şahit dinletilmek isteyen tarafın, muvafakat için çağrıldığı duruşmaya gelmemesi veya gelse bile susması delil sözleşmesine vücut vermez³⁶³. Ayrıca açık muvafakatin, sözlü alınarak şahit dinletilmesine karar verilmesi de mümkün değildir. Açık muvafakatin tutanağa geçirilmesi, muvafakati veren kişiye okunması ve imza ettirilmesi gerekir³⁶⁴. Bu anlamda delil sözleşmesinin bu yapılaş şekli, HUMK 287/2'de ikrarla vücut bulan delil sözleşmesinin yapılaş şekli ile büyük

³⁶² KURU, C. III, s. 2925. "Hâkim resen karşı tarafa, kendisine ispat yükü düşenin iddiasını ancak yazılı delil ile ispat edebileceğini, fakat muvafakat edildiği takdirde tanık dinlenebileceğini hatırlatacak, bunun üzerine karşı taraf, sahip bulunduğu hakkı, yani isterse tanık dinletmeyebileceğini, öğrendikten sonra, buna rağmen muvafakat ederse tanık dinlenebilecektir. Olayda her ne kadar tanık dinlenmesine muvafakat edilmiş ise de, Usulün az önce açıklanan 289. maddesinde öngörülen işlemler gerçekleşmemiştir. Bu nedenle HGK'nca da benimsenen (yazılı delile karşı tanık ifadelerine dayanılmak suretiyle bononun iptaline karar verilmesi doğru değildir biçimindeki) özel daire kararına uyulmak gerekir. (HGK 18.05.1979; 11/654-483 KURU, C. III, s. 2927-2928)

³⁶³ KURU, C. III, s. 2927-2930.

³⁶⁴ "HUMK'un 289. maddesine göre, bir olayda mahkemenin şahit dinleyebilmesi için duruşma hakiminin şahit dinletmek isteyeninin hasmı durumunda olan tarafa (...HUMK'un 287 ve 288. maddeleri hükümlerine göre, bu olayda şahit dinlenmesi mümkün değildir. Ancak siz şahit dinlenmesine muvafakat ederseniz o zaman bu olayda şahit dinlenebilir..) şeklinde açıkça kanun hükümlerinin hatırlatması ve bu hatırlatma hususunun zabta geçirmesi, aleyhine şahit dinletilecek taraf bütün bunlara rağmen, muvafakat ettiği takdirde bu muvafakat beyanı HUMK'un 151/son maddesi hükmüne göre, kendisine imza ettirildikten sonra ancak şahit dinlenebileceği" (Y. 11. HD. 1982/3590 E. 1982/3448 K. 13.09.192 K. Y.K.D, Ekim 1982 s.1435)

benzerlik göstermektedir. Delil sözleşmesinin bu iki yapılaş türü arasındaki fark ise hâkimin sürece katılımıdır. Taşpınar, bu nedenle, bu tür delil sözleşmesinin, gerçek manada bir delil sözleşmesi olmadığını savunmaktadır. Yazar'a göre bu durumda, şahit dinletmek isteyen taraf, talebini mahkemeye yöneltmeli ve mahkemece bu yönde karar alınmalıdır. Yani, hâkimin katılımı olmaksızın şahit dinlenemez. Bu sebeple de böyle bir durumda ortada bir delil sözleşmesi değil ancak bir muvafakat beyanı söz konusudur³⁶⁵.

3.2.4.10. Muvazaa

3.2.4.10.1. Genel Olarak

Muvazaa, tarafların, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçek iradelerini yansıtmayan bir sözleşme yapmaları, fakat görünürde yaptıkları bu sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması veya görünürde yaptıkları sözleşmeden başka bir sözleşmenin hükümlerinin doğması hususunda anlaşmaları olarak açıklanabilir³⁶⁶. Taraflar, görünürde bir sözleşme yapmalarına rağmen aslında bu sözleşme ile gerçek iradelerini yansıtmamaktadırlar. Bu anlamda taraflar, muvazaayla, iradeleri ile beyanları arasında kasten bir uyumsuzluk oluşturmaktadırlar³⁶⁷.

Muvazaa, tarafların gerçek iradelerinin amacına göre mutlak muvazaa ve nispi muvazaa olmak üzere ikiye ayrılır. Taraflar, üçüncü kişileri aldatmak maksadıyla yaptıkları görünürdeki sözleşmenin hiç hüküm doğurmamasını istiyorlarsa mutlak (adi, yalın) muvazaa söz konusu olur. Buna göre, mutlak muvazaanın oluşması için üç unsurun birlikte bulunması gerekir. İlk olarak, tarafların, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla görünürde bir sözleşme yapmaları gerekir. İkinci olarak, tarafların, görünürdeki işlemi (sözleşmeyi) üçüncü kişileri aldatmak amacıyla yaptıklarına ve bu sözleşme ile bağlı olmadıklarına dair muvazaa anlaşması yapmaları gerekir. Üçüncü olarak ise tarafların sözleşmeyi, üçüncü kişileri aldatma kastıyla (amacıyla) yapmaları gerekir³⁶⁸. Örneğin, bir gayrimenkulün, temlik amacı olmadan sadece alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla tapuda bir başka kişiye satılması mutlak muvazaayı oluşturur.

³⁶⁵ TAŞPINAR (İspat Sözleşmeleri), s. 195-196.

³⁶⁶ EREN, s. 315; OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2009, s. 108.

³⁶⁷ KILIÇOĞLU, s. 115; EREN, s. 315.

³⁶⁸ EREN, s. 316.

Taraflar görünürdeki sözleşme ile başka bir akdin hüküm ve sonuçlarını elde etmek istiyorlarsa nispi (mevsuf) muvazaa söz konusu olur³⁶⁹. Nispi muvazaada ise mutlak muvazaaya ek olarak görünürdeki işlemin arkasına saklanmış ve tarafların gerçek iradelerini yansıtan gizli bir sözleşmenin var olması gerekir. Bu sebeple, nispi muvazaada, muvazaa anlaşması da değişikliğe uğramaktadır. Taraflar, görünürdeki sözleşmeyi üçüncü kişileri aldatmak amacıyla yaptıklarını, bu sözleşme ile bağlı olmadıklarını ve görünürdeki işlemin arkasına saklanmış olan gizli sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının doğması hususunda muvazaa anlaşması yapmaktadırlar. Örneğin A, B'ye bir gayrimenkul hissesi satmak istemesine rağmen şufa hakkının kullanılmasını önlemek amacıyla tapuda bağış sözleşmesi ile hissesini temlik etmesi, nispi muvazaa teşkil eder. Örnekte, görünürdeki sözleşme (işlem), bağış sözleşmesidir, gizli sözleşme, satım sözleşmesidir. Muvazaa anlaşması, üçüncü kişileri kandırmak amacıyla bağış sözleşmesinin yapılması ancak bu sözleşmenin hüküm doğurmaması ve taraflar arasındaki gizli satım sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurmasıdır. Görünürdeki anlaşmanın yapılış amacı (kastı) ise şufa hakkı sahiplerini yanıltarak (kandırarak) şufa hakkının kullanılmasını önlemektir.

Bazı yazarların ve Yargıtay kararlarının taraf (şahıs) muvazaası olarak isimlendirdikleri bir başka muvazaa türünün de olduğu savunulmaktadır³⁷⁰. Bu durumda sözleşme, taraf olarak gözüken kimseden başka bir kimse ile yapılmak istenmektedir. Bu muvazaa türünde, üç kişi muvazaalı işlem hakkında anlaşmaya varmaktadır. Bu konuyu bir örnekle açıklarsak; A ve C aralarında bir sözleşme yapmak istemelerine rağmen, herhangi bir nedenden dolayı C sözleşmenin tarafı olarak gözükmek istememektedir. Bu sebeple C yerine B isimli bir kişi ile A arasında görünürde bir sözleşme yapılmakta, ancak bu üç kişi, görünürde yapılan bu sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının A ve B üzerine doğmasını istememektedirler. Bunun yerine görünürdeki sözleşmenin arkasına saklanmış gizli sözleşmeyle, bu sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının A ve C üzerine doğmasını istemektedirler³⁷¹.

Birbirine çok benzeyen iki müessese olan, taraf muvazaası ile dolaylı temsil ilişkisini, birbirinden ayırmak gerekir. Doktrinde taraf muvazaası olarak belirtilen durumda, A,B ve C muvazaa işlemini bilmekte ve muvazaaya iştirak etmektedirler. Dolaylı temsil de ise A, gerçektende B ile bir sözleşme yaptığını zannederek irade beyanını açıklamakta, ancak B

³⁶⁹ EREN, s. 318; KILIÇOĞLU, s. 117; OĞUZMAN / ÖZ, s. 109.

³⁷⁰ EREN; s. 320.

³⁷¹ KANIK, Tahir; **Muvazaa ve İspatı**, AD. Y. 43, Mayıs 1952, S.5, s. 641.

dolaylı temsil ilişkisi gereği, sözleşmeden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerini daha sonra C'ye devretmektedir³⁷². Bu ayrımın önemi, ispat ve ispat vasıtaları noktasında karşımıza çıkmaktadır. Bu hususun doğurduğu sonuçları, muvazaanın ispatı konusunda ayrıntılı olarak açıklamaya çalışacağız.

Muvazaanın kapsamına göre de bir ayrım yapmak mümkündür. Buna göre, muvazaa, akdin tamamını kapsıyorsa tam muvazaa, akdin bazı hükümlerini kapsıyor ise kısmi muvazaa söz konusu olur. Örneğin, tapu harçlarını az ödemek amacıyla, tarafların gerçekte belirledikleri satım bedelinden daha düşük bir bedeli içeren satım sözleşmeleri yapmaları kısmi muvazaadır³⁷³.

Muvazaalı sözleşmenin (görünürdeki sözleşmenin) yaptırımı hükümsüzlüktür. BK'nun 18. maddesi uyarınca tarafların gerçek iradeleri dikkate alınır. Bu nedenle, görünürdeki sözleşme taraflar ve üçüncü kişiler için hüküm ve sonuçlarını doğurmaz. Nispi muvazaada ise görünürdeki sözleşmenin arkasına saklanmış gizli sözleşme, geçerlilik şartlarına sahipse (yahut kanunen herhangi bir geçerlilik şartına bağlanmamışsa) taraflar için hüküm ve sonuçlarını doğurur³⁷⁴.

3.2.4.10.2. Muvazaanın İspatı

Bir hukuki işlemin muvazaalı olduğunu, hukuki işlemin bir tarafı iddia edebileceği gibi bu işleme taraf olmayan üçüncü kişi de, hukuki yararı bulunması koşuluyla, hukuki işlemin muvazaalı olduğunu ileri sürebilir. Bu anlamda muvazaanın hangi delillerle ispat

³⁷² OĞUZMAN / ÖZ, s. 109.

³⁷³ OĞUZMAN / ÖZ, s. 109.

³⁷⁴ OĞUZMAN / ÖZ, s. 110 vd. "Taşınır mallar ve alacakların zilyetliğinin devri konusunda bir geçerlik şekli öngörülmediğinden, dava konusu otomobil ve para da olduğu gibi hukuken taşınır eşya niteliğinde ayılan değerlerin bağışlanması ya da bağış amacıyla bedelsiz olarak devredilmesi işlemi hukuken geçerlidir. Her iki hukuki işlemin konusu olan otomobil ve para üzerindeki zilyetlikten ibaret olan hakkın devri hususuna ilişkin gizli bağış sözleşmesi, hiçbir şekil şartına bağlı olmadığından geçerlidir. Muvazaa sebebiyle satışın iptali ve tazminat davasında Yerel Mahkemenin, isabetli teşhis ve değerlendirme sonucu dava konusu olan otomobil ve paranın muris tarafından davalılara bağışlanmasına dair gizli işlemin geçerli olduğu ve bu nedenle davacıların muvazaa iddiasına dair araştırılması gereken bir yön bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine dair verdiği direnme kararı usul ve yasaya uygundur. (Y. HGK. 2008/4-399 E. 2008/408 K. 28.05.2008 T., Kazancı otomasyonu)

edilebileceği de, muvazaayı iddia eden kişinin hukuki işlemin tarafı olup olmamasına göre değişir.

3.2.4.10.2.1. Tarafların Muvazaayı İspatı

Senede bağlanmış hukuki işlemin tarafları, aralarındaki hukuki işlemin muvazaalı olduğunu, diğer bir ifade ile aralarındaki muvazaa anlaşmasını HUMK'un 290. maddesi uyarınca senetle (kesin delillerle) ispat etmeleri gerekir, bu hususta şahit dinlenilemez³⁷⁵. Bu anlamda muvazaayı ispat edebilecek senet, görünürdeki anlaşmanın, tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığını, bu sebeple taraflar arasında hüküm doğurmayacağını yahut görünürdeki işlemin arkasına saklanmış gizli sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğuracağını içermelidir³⁷⁶.

Taraflar, görünürdeki anlaşmanın muvazaalı olduğunu adi veya resmi senetle ispat edebilirler. Görünürdeki anlaşma, resmi senetle yapılmış olsa dahi bu sözleşmenin muvazaalı olduğu, taraflar arasında düzenlenmiş adi yazılı senetle ispat edilebilecektir³⁷⁷.

Konunun aydınlatılabilmesi için, taraf kavramının kapsamına kimlerin girdiğinin tespit edilmesi gerekir. Bu anlamda prensip olarak, tarafların mirasçıları, külli halefiyet sebebiyle, murisin yaptığı işlemler bakımından taraf olarak kabul edilirler. Dolayısıyla, mirasçılara, miras bırakanın tabi olduğu ispat hükümleri uygulanır ve kanunen murise tanınmayan bir hak mirasçılara tanınmaz. Bu sebeple mirasçılar, murisin yaptığı hukuki işlemin, muvazaalı

³⁷⁵ KANIK, s. 645.

³⁷⁶ KILIÇOĞLU, s. 118.

³⁷⁷ EREN, s. 328. "... senede bağlı bir sözleşmeye karşı muvazaa iddiası, HUMK 288. ve 290. maddelerinde belirtildiği üzere ancak yazılı delille kanıtlanabilir. Sözleşme aynı Kanunun 293. maddesinde sözü edilen yakın akrabalar arasında yapılmış olsa dahi muvazaanın yazılı delille ispat edilmesi gerekir. Böyle bir sözleşmenin resmi şekilde yapılması halinde dahi olayın özelliği itibarıyla adi yazılı delilin yeterli olacağı öğretide ve kararlılık kazanmış içtihatlarda ortaklaşa kabul edilmiştir." (1. HD. 14.2.1996, 1179/1570, YKD 1996/9, s. 1381-1383 naklen KURU, C. II, s. 2346); "Muvazaalı temliklere hak düşürücü ve zamanaşımına ilişkin kanun hükümleri uygulanmaz. Muvazaanın varlığını iddia eden taraf veya bunların ardılı (halefi) sıfatı ile hareket eden, başka bir anlatımla sözleşmenin yanlarından birine teb'an dava açan kişi bu iddiasını ispat etmek zorundadır. Senede bağlı bir sözleşmeye karşı muvazaa iddiası ancak yazılı delille kanıtlanabilir. Sözleşme yakın akrabalar arasında yapılmış olsa dahi muvazaanın yazılı delille ispat edilmesi gerekir. Böyle bir sözleşmenin resmi şekilde yapılması halinde olayın özelliği itibarıyla adi yazılı delilin varlığı muvazaanın ispatı için yeterli olacaktır." (Y. 1. HD. 2003/8525 E. 2003/9032 K. 17.09.2003 T. Kazancı otomasyonu)

olduğunu ancak kesin delillerle (senetle) ispat edebilirler. Bu konuda şahit dinletemezler³⁷⁸. Örneğin, muris, borçlularından mal kaçırmak amacıyla gayrimenkulünü görünürde satım yoluyla bir başkasına bedelsiz olarak devretse, murisin mirasçılığı, yapılan satım sözleşmesinin, tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığını bu sebeple de muvazaalı olduğunu ancak senetle ispat edebilirler. Bu hususta şahit dinlenemez.

Taraf muvazaasının söz konusu olduğu durumlarda, görünürdeki sözleşmede adı geçmeyen üçüncü kişinin taraf mı yoksa üçüncü kişi mi olduğunun belirlenmesi de, ispatın hangi vasıtalarla yapılacağına belirlenmesi açısından önem arz eder. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre muvazaanın ileri sürülmesi bakımından bu kişi, hukuki işlemin taraflarının tabi olduğu ispat rejimine tabidir. Çünkü bu kişi, sözleşmenin değilse de muvazaanın tarafıdır. Bu sebeple de sözleşmede adı geçmeyen kişi, ileri sürdüğü muvazaa iddiasını ancak senetle ispat edebilir. Bu konuda şahit dinletmesi mümkün değildir³⁷⁹.

³⁷⁸ KURU, C. II, s. 2375-2376. Ancak, mirasçılar her zaman taraf olarak kabul edilmezler. Mirasçılık haklarının ihlal eden işlemler bakımından üçüncü kişi sayılırlar. Bu konu üçüncü kişilerin muvazaayı ispatı bölümünde incelenmiştir. Bkz. s. 94 vd.

³⁷⁹ “Davacı, çiftçilikle uğraşan davalı Ahmet’in kendisinin eniştesi olduğunu ve traktör alım satımlarında çiftçilere bazı yasal kolaylıklar tanıdığını bildiği için Osman adlı kişiden satın almak istediği traktörün alımına ilişkin sözleşmede kendisinin yerine davalıyı ikame ettiğini ve dolayısıyla noterlikte yapılan 23.10.1973 günlü sözleşmede davalı Ahmet’in alıcı olarak görüldüğünü aslında davalının traktör alım ve satım sözleşmesiyle uzaktan ve yakından bir alakası olmadığını, traktöre ilişkin satış bedelinin kendisi tarafından ödendiğini, ancak bilahare davalı ile arasının açılması ile davalının traktör üzerinde muarazada bulunduğu ileri sürerek, davalı Ahmet ile Osman adlı kişiler arasında noterde satım sözleşmesinin muvazaa nedeniyle iptaline traktör alım satım sözleşmesinde kendisinin alıcı olduğunun tespitine karar verilmesini istemiştir. ...Gerek iddianın ortaya konuluş şekli gerekse de davacının davasına dayanak tuttuğu belge ile satıcı durumunda bulunan Osman’ın dahi bu muvazaalı işlemde, yani nam-ı müstear dan haberdar olduğu anlaşılmaktadır. ... Bu durumda üç kişi arasındaki nam-ı müstear ilişkisinden doğan uyumsuzlukların muvazaa ilkelerine göre halledilmesi gerekir. Kesinlik kazanan maddi ve hukuki olgular karşısında davacının muvazaanın tarafı olduğunda kuşku yoktur. .. Hal böyle olunca, davacının iddiasını her türlü delille ispat etmesi olanağından yararlanması da doğal olarak düşünülemez. O halde nam-ı müstear şeklinde beliren muvazaalı işleme taraf olan davacı iddiasını HUMK’un 290. maddesi hükmüne ancak yazılı delille ispatlayabilir. Davacı ise davalıyı bağlayacak böyle bir yazılı delil ibraz edememiştir. Çünkü, davacı tarafından ibraz edilen 22.10.1973 günlü yazılı adi belge, davacı ile davaya dâhil olmayan satıcı Osman tarafından düzenlenmiştir. Hal böyle olunca bu belgenin davalıyı bağlaması düşünülemez. Böyle bir belgenin ya her üç kişi arasında ya da en azından davacı ile davalı arasında düzenlenmesi gerekirdi.....” (4. HD. 20.09.1978 11544/10138, YKD 1979 /2 s.192-196, KURU, C. II, s. 2351-2352)

3.2.4.10.2.2. Üçüncü Kişilerin Muvazaayı İspatı

Sözleşmenin (hukuki işlemin) tarafı olmayan üçüncü kişiler, sözleşmenin muvazaası ile hükümsüz olduğunu şahit ile ispat edebilirler. Üçüncü kişiler açısından senetle ispat zorunluluğu söz konusu değildir. Bunun nedeni ise kendilerinin taraf olmadığı bir sözleşme için yazılı delil temin etmelerindeki maddi imkânsızlıktır³⁸⁰. Örneğin, müşterek mülkiyete konu olan bir gayrimenkulde, belirli miktar hisseye sahip olan ve şufa hakkını kullanmak isteyen hissedar, diğer bir hissedarın tapuda hissesini bağış olarak devretmesine karşın bunun gerçekte bir satım sözleşmesi olduğunu şahit dâhil her türlü delille ispat edebilir³⁸¹. Çünkü şufa hakkını kullanmak isteyen hissedar, hissesini devreden hissedar ile hisseyi devralan kişinin yaptıkları sözleşmeye taraf değildir. Bu sebeple de sözleşmenin taraflarından sadır olan ve muvazaayı ispat edebilecek, yazılı bir belge elde etmesi mümkün değildir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere kural olarak mirasçılar, murisin yaptığı sözleşmeler açısından taraf gibi kabul edilirler. Dolayısıyla da, murisin yaptığı sözleşmenin, muvazaalı olduğunu senetle ispat etmeleri gerekir. Ancak bazı durumlarda mirasçılar da, murisin yaptığı sözleşmeler açısından üçüncü kişi olarak kabul edilebilirler ve muvazaası iddiaları için şahit dinletebilirler. Murisin yaptığı sözleşmenin muvazaalı olduğu hususunda, mirasçıların şahit dinletebilmeleri için diğer bir ifade ile üçüncü kişi sayılabilmeleri için muvazaalı sözleşme ile miras haklarının ihlal edilmesi gerekir. Bu konu sıklıkla murisin, mirasçılarının bir kısmından mal kaçırmak amacıyla diğer bir mirasçı veya üçüncü kişiye bir gayrimenkul bağışlamak istemesine rağmen tapuda satış göstermesi şeklinde ortaya çıkar. Uygulamada, bu nispi muvazaası türüne muris muvazaası da denilmektedir. Yargıtay, istikrar kazanmış ve birkaç kez içtihadı birleştirme kararlarına konu olmuş muris muvazaasında, saklı pay sahibi olsun olmasın tüm mirasçıların üçüncü kişi olarak kabul edileceğini şu şekilde açıklamıştır: “muvazaalı satış işlemiyle miras hakkından yoksun edilen kimse külli halef olarak değil,

³⁸⁰ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 224; KANIK, s. 648; EREN, s. 328. “Görünüştaki hukuki işlemin muvazaası nedeniyle geçersiz bulunduğu iddiası hukuken korunması gereken bir hakkı bulunan üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilir. Çünkü muvazaası hukuki işlem ile üçüncü kişinin zarara uğratılması, ona karşı işlenmiş bir haksız fiil niteliğindedir. Görünürdeki işlemin geçerliliği ve ispatı bir şekilde bağlı bulunsa bile, üçüncü kişiler muvazaası iddiasını tanık dâhil her türlü delille ispat edilebilir. Esasen, üçüncü kişiye tarafı olmadığı bir sözleşmedeki muvazaası olgusunun yazılı delil ile kanıtlanma yükümü getirilmesine hukuken olanakta yoktur.” (Y. HGK. 2002/6-618 E. 2002/659 K. 2.10.2002. T. Kazancı Otomasyonu)

³⁸¹ Aynı şekilde şufa hakkını kullanmak isteyen hissedar, diğer hissedarın tapuda yaptığı satım sözleşmesinde belirttiği miktarın gerçeği yansıtmadığını ve taraflar arasındaki gerçek satım bedelinin daha düşük olduğuna dair muvazaası iddiasını şahitle ispat edebilir.

doğrudan doğruya üçüncü kişi olarak dava açmak hakkına sahiptir. Çünkü bu üçüncü kişinin hakkı, miras bırakanla alıcı tarafından birlikte yapılan hukuk işlemiyle çığnenmiştir. Böyle bir durumda üçüncü kişinin dava hakkının varlığı, kanunda belli konulara hasredilememiştir. İsviçre Federal Mahkemesi de kararlı içtihatlarıyla konuyu bu doğrultuda çözüme bağlamıştır³⁸². Yargıtay kararında belirtildiği gibi saklı pay sahibi olsun olmasın bütün mirasçılar hukuki işlemin muvazaalı olduğunu şahitle ispat edebilirler. Ancak burada murisin gerçek amacının tespit edilmesi önem taşır. Muris, mirasçılardan mal kaçırmak için değil de borçlulardan mal kaçırmak amacıyla muvazaalı işlemi yapmışsa, bu durumda mirasçılar, külli halefiyet nedeniyle, murisin tabi olduğu hükümlerle bağlı olurlar ve muvazaa iddialarını şahitle ispat edemezler³⁸³.

Tenkis davalarında ise bütün mirasçılar değil sadece saklı pay sahibi mirasçılar, saklı paylarının ihlal edildiği hukuki işlem açısından üçüncü kişi sayılırlar ve muvazaa iddiasını şahitle ispat edebilirler³⁸⁴.

3.2.4.11. İfa Muamelelerinin İspatı

Borçlu, kanunda düzenlenen bir sebepten dolayı yüklendiği yapma, yapmama veya vermeye ilişkin borçlarından, ifa ile kurtulur. Ancak, borçlunun, borcunu ifa ettiğini iddia etmesi yeterli olmayıp ayrıca bunu ispat etmesi gerekir. İfanın nasıl ispatlanacağını belirlemek için ise ifanın hukuki niteliğini izah etmek gerekir.

Doktrinde ifanın hukuki niteliği konusunda üç temel görüş mevcuttur. Birinci görüşe göre ifa bir sözleşmedir³⁸⁵. Bu sözleşme ile borçlu, alacaklıya edimin ifasını teklif eder.

³⁸² İBGK 1974/1 E. 1974/2 K. 1.4.1974 T. Kazancı otomasyonu.

³⁸³ Bkz. tarafların muvazaayı ispatı, s. 92 vd. “Dava, Borçlar Yasasının 18. maddesinden kaynaklanan muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali-tescil isteğine ilişkindir. Somut olayda muris Mustafa'nın amacının terekeden değil alacaklılardan mal kaçırmak olduğu açıktır. Bu tür davalar sözleşmenin tarafları arasında ise muvazaa iddiasının yazılı delille ispatı zorunludur. Taşınmazı intikal ettiren kişinin ölümü halinde mirasçılar halefiyet yolu ile dava açmışlarsa, başka bir anlatımla, mirasçılar miras bırakanın hakkına dayanarak iptal-tescil istemişlerse, ispat hukuku yönünden aynı kural uygulanır. Hal böyle olunca davanın, miras bırakan Fatma'nın mirasçılık belgesindeki davacının payı oranında kabulü gerekirken, baba Mustafa'nın temlikleri de muvazaalı kabul edilmek suretiyle bir kısım taşınmazlar yönünden 1/2 oranında iptal tescile karar verilmesi doğru değildir.” (Y. 1. HD. 2005/ 1948 E. 2005/4756 K. 19.04.2005 T. Kazancı otomasyonu)

³⁸⁴ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 225; EREN, s. 328.

³⁸⁵ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 759; EREN, s. 870.

Alacaklı da bu teklifi kabul ederse ifa sözleşmesi kurulmuş olur. Bu anlamda ifanın iki unsuru mevcuttur. Birinci unsur; fiili, maddi olgudur. Borçlu, bu anlamda bir şeyi yapmayı, vermeyi veya bir şeyi yapmamayı yerine getirir. İkinci unsur ise tarafların, borcun ifa edilmesi hususunda karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarında bulunmasıdır. Bu görüşe göre ifanın mevcudiyeti için bu iki unsurun birlikte bulunması gerekir³⁸⁶. Görüldüğü üzere bu görüşe göre her ifa muamelesi aynı zamanda bir hukuki işlem teşkil eder. Bu nedenle de HUMK'un 290. maddesi uyarınca istisnasız bütün ifa muamelelerinin kesin delillerle ispatlanması gerekir.

İkinci görüşe göre ise ifa, maddi bir fiildir. Bu görüş uyarınca ifayı sözleşme olarak kabul eden görüşün aksine ifanın mevcudiyeti için yöneltilmiş bir irade beyanına gerek yoktur, borçlunun fiili ile sözleşmede veya kanunda öngörülen sonucun doğumu yeterlidir. Bu anlamda, ifa bir sözleşme olmadığı gibi bir hukuki işlem de değildir³⁸⁷. İfa, borçluyu borçtan kurtaran, alacaklıyı tatmin eden hukuki bir fiil, maddi bir olaydır. Ancak bu görüşü savunan bazı yazarlara göre, her ne kadar ifa bir hukuki fiil olsa da, bazı durumlarda borçluda ifa kastının (iradesinin) bulunması şarttır³⁸⁸. İfayı, hukuki bir fiil olarak kabul eden bu görüşün kabulü halinde, bütün ifa muamelelerinin şahitle ispatına cevaz verilmesi gerekir. Çünkü HUMK'un 290. maddesinin açık hükmü gereği senetle ispat kuralları ancak hukuki işlemler için geçerlidir.

Üçüncü ve Türk Hukukunda hâkim olan görüşe göre ifa sınırlı bir sözleşmedir. Yukarıdaki görüşlerden farklı olarak bu görüşü savunan yazarlar, ifanın kesin bir niteliğini yapmamaktadırlar. Bu anlamda ifa, bir hukuki fiil olabileceği gibi bir hukuki işlemde olabilir. Örneğin, hizmet ediminin yerine getirilmesi veya kiralananın, kiralayana terk edilmesi veya rekabet yasağına uymak hukuki bir fiilken, taşınır mülkiyetinin devri yahut alacağın temlikinde, ifa bir hukuki işlem şeklinde tezahür eder³⁸⁹. İfanın, hukuki işlem şeklinde

³⁸⁶ EREN, s. 870.

³⁸⁷ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 759; EREN, s. 760. Bu görüşün taraftarı olan Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop' a göre bu görüş BK'nun anlayışına daha uygundur. Yazarlar görüşlerini şu şekilde gerekçelendirmişlerdir; "BK'nun 96. maddesinin almanca aslında "borcun ifası hiç veya gereği gibi gerçekleşmezse.." ancak o zaman borçlu için bir sorumluluğun bahis konusu olacağı açıkça yazılıdır. Bundan anlaşılıyor ki, Kanun koyucu ifanın borçlanılan edime objektif olarak uygunluğunu yeterli görmüş ve eğer edimin amacı fiilen gerçekleşmişse bunun ifa demek olduğunu kabul etmiştir. Kanunda tarafların ayrıca ifa sebebi üzerinde anlaşmalarını öngören bir işarete rastlanmamaktadır"

³⁸⁸ EREN, s. 871.

³⁸⁹ EREN, s. 875; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 759; REİSOĞLU (Borçlar), s. 254.

gerçekleştiği durumlarda, borçlunun ayrıca maddi bir fiili de yapması, ifanın, hukuki işlem niteliğine hanel getirmez. Örneğin bir menkul satım sözleşmesinde, satıcının borcu, satılan malın mülkiyetini karşı tarafa geçirmektir. Kural olarak da, mülkiyetin nakli bir tasarruf işlemi, dolayısıyla da bir hukuki işlemdir. Satıcının, menkul malın mülkiyetini devretmek için malı teslim etmesi ise hukuki fiildir. Ancak, teslimin, hukuki bir fiil olması genel olarak, mülkiyetin devri borcunun ifasının, hukuki işlem olma niteliğini deęiştirmez³⁹⁰.

Türk doktrinde baskın olan son görüşün kabulü halinde ifanın nasıl ispatlanacağını tespit etmek için, her bir ifa türünü ayrı ayrı incelemek gerekir. Aşağıda, uygulamada sıklıkla karşılaşılan ifa muamelelerinin, hangi delillerle ispat edilebileceğini tespit etmeye çalışacağız.

Doktrinde, tediye ve menkul malın mülkiyetinin devrini ihtiva eden teslim olgusu, hukuki işlem olarak kabul edilmiş ve ancak kesin delillerle ispatlanabilecekleri belirtilmiştir³⁹¹. Gerçekten de, bu tür ifaların mevcudiyeti için, tarafların, birbirine yönelmiş irade beyanlarında bulunmaları şarttır. Yukarıda belirttiğimiz üzere her ne kadar bu tür ifalar, teslim gibi bir hukuki fiili içeriyorlarsa da bu filler, tediye veya menkul malın mülkiyetinin devrinin hukuki işlem olma niteliğini değiştirmez. Yargıtay'da içtihatlarında tediye³⁹² ve teslim olgularını³⁹³ hukuki işlem olarak nitelemekte ve ancak senetle ispat edilebileceklerini kabul etmektedir.

³⁹⁰ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 59.

³⁹¹ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 60 vd; KURU, C. II, s. 2318.

³⁹² “Davalının, davacıdan 10.000 lira ödünç aldığı ikrarı ile sabittir. Davacıya kefil olduğu ve davacının üçüncü kişilere olan borçlarını onun hesabına ödediği yolundaki savunma, davacı tarafından kabul edilmemiştir. Böyle bir savunmanın tanıkla ispatı mümkün değildir. Usulün 288. ve sonraki maddeleri gereğince yazılı delil ile ispatlanması gerekir.” (Y. 12. HD. 19.11.1996 T. 1996/13405 E. 1996/14489 T.)

“Davalının 1993 Aralık ve 1994 Ocak ve Şubat aylarına ait kira paralarını elden ödediğine dair göstermiş bulunduğu tanığın dinlenmesine davacı, kira miktarı itibariyle karşı çıkmış, buna rağmen mahkeme davalının tanığını dinlemiştir. Davalının, bu yoldaki savunmaları ve HUMK'un 287-288. maddelerindeki açıklığı karşısında tanıkla ispat olanağı yoktur.” (Y. 6. HD. 10.04.1995 T. 1995/3720 E. 1995/3864 T. Kararlar için bkz. KURU, C. II, s. 2206)

“Çalışma olgusunun her türlü delille ispatlanabilmesine karşılık ücretin ispatında bu denli bir serbestlik söz konusu değildir. Ücret miktarı HUMK m. 288'deki sınırları aşarsa, hüküm altına alınabilmesi için yazılı delil aranmalıdır. Bu sınırın altında kalan miktar için tanık dinletilebilir. Tespiti istenen miktar sınırı aşar olsa bile varlığı iddia edilen çalışmanın öncesine veya sonrasına ait yazılı delil başlangıcı sayılabilecek belgeler bulunuyorsa tanık dinletilmesi mümkündür. (Y. HGK. 2004/21-226 E. 2004/223 K. 14.04.2004 T. Bkz. KAÇAK, s. 947.)

³⁹³ Yargıtay eski kararlarında, teslim olgusunu maddi vakıa olarak nitelendirip şahitle ispatına izin vermektedir.

İfanın konusu, bir şeyin yapılması veya imali olduğu takdirde, bu tür ifa muameleleri ise doktrinde hukuki fiil olarak kabul edilmekte ve şahitle ispatına cevaz verilmektedir³⁹⁴. Örneğin taraflar arasında akdedilmiş bir eser sözleşmesi gereği bir arazinin ağaçlandırılması veya bir hizmet sözleşmesi gereği işçinin, işverenin verdiği işleri görmesi, birer hukuki fiildir ve bu nedenle şahitle ispat edilebilirler³⁹⁵. Postacıoğlu'na göre bu tür ifa hareketlerinde,

“Dava alacak talebidir. Davacı ve karşı davalı ihtilafli faturalar konusu malların teslim edildiği yolunda tanık dinletmek istemiş ve fakat karşı çıkılmış olması nedeniyle mahkemece dinlenmemiş ise de, taraflar arasındaki akdi ilişkinin varlığının çekişmesiz bulunması ve ihtilatın malların teslim edilip edilmediği üzerinde toplanmış olmasına ve teslim keyfiyetinin maddi vakıya taalluk edip tanıkla ispatı mümkün bulunmasına göre davacı ve karşı davalıya 26 adet fatura konusu malı teslim ettiğini tanıkla ispat etme imkânı verilmesi gerekir.” (Y. 19. HD.1993/2879 E. 1994/3392 K. 07.04.1994. Kazancı otomasyonu)

Ancak, Yargıtay son yıllarda bu görüşünden dönerek, teslimi, hukuki işlem olarak nitelendirip, ancak senetle ispat edilebileceğine karar vermektedir. “Yanlar arasında menkul satımı konusunda sözleşme ilişkisi vardır. BK. 182. maddesi gereğince davalı satıcı, satılanı teslim ve mülkiyeti geçirme yükümlülüğündedir. Bu bağlamda samanların tamamının, alıcıya teslim ettiğini davalı satıcı kanıtlamalıdır. Somut olayda davacı-alıcı üç adet TCDD küçük hız taşıma bölgesindeki samanları teslim aldığı kabul etmektedir. Davalı, davacının teslim edilmediğini iddia ettiği bakiye samanların, davacının talimatı üzerine 3. kişilere gönderildiğine ilişkin savunmasını yasal delillerle kanıtlamalıdır. Davalı isticvab edildiği 04.06.2001 tarihli duruşmada samanların gönderildiği 3. kişilerin isimleri ile saman miktarlarını gösteren liste ibraz etmişse de, bu belgeler alıcının imzasını içermediğinden teslimi kanıtlayan yasal delil olarak kabul edilemez. Bu durumda davacının teslim edilmediğini belirttiği eksik samandan davalı-satıcı sorumlu olduğu halde samanların tamamı teslim edildiği kabul edilerek karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (Y.13. HD. 2004/1640 E. 2004/10820 K. 05.07.2004 T. Kazancı otomasyonu)

“Dava, satılan malın iadesi talebine ilişkindir. Uyuşmazlık, teslim hususunun tanıkla ispat edilip edilemeyeceği noktasındadır. Satılanın teslimi, hukuki işlem niteliğindedir. Bu nedenle ispat kuralı malın değerine göre tespit edilmelidir. Somut olayda, satış bedeli itibarıyla teslim savunmasının yazılı delille ispatı gerekir. Yazılı delille ispatı gereken hususlarda açık muvafakat olmadıkça tanık dinlenemez. Davalı, teslim hususunu yazılı delille ispatlayamadığından davacı alıcının davasının kabulü gerekir.”(Y. HGK 2002/13-875 E. 2002/885 K. 06.11.2002 T. Kazancı otomasyonu)

³⁹⁴ KURU, C. II, s. 2318; POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 69 vd,

³⁹⁵ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 69 vd, “Davacının, dava konusu sıva, mozaik vs işleri yaptığına ilişkin iddiası mahiyeti itibarıyla hukuki bir işlem değil, maddi bir olay (hukuki fiil) niteliğinde bulunması nedeniyle tanıkla ispat edilebilir” (Y. 11. HD. 1971/2192 E. 1971/3669 K. 07.05.1971 T. KURU, C. II, s. 2319),

“Bu tür sigortalı hizmetlerin saptanmasına yönelik davalar kamu düzeniyle ilgili olduğundan özel bir duyarlılık ve titizlikle yürütülmesi gerekir. Çalışma olgusu maddi bir vakıya olup, tanık dâhil olmak üzere her türlü delil ile ispatı mümkündür.” (Y. 10. HD. 2004/9748 E. 2005/116 K. 26.01.2005 T. Kazancı otomasyonu)

“ Bilirkişi raporunda, davacının bayram ve genel tatillerde de fazla çalışma yaptığı kabul edilerek, belirtilen günler için de fazla çalışma ücreti ile bunun günlük yüzde beş fazlası yönünde bir hesaplama yapılmıştır. Mahkemece anılan rapora itibar edilerek isteklerin kabulüne karar verilmiştir. Davacı gazetecinin bayram ve genel tatillerin bir kısmında çalıştığı dosya içeriğinden anlaşılmakta ise de, bu günlerde günlük 8 saatlik

borçlu yaptığı eylemi alacaklıyı muhatap olarak yapmaz. Burada tediye ve teslimden farklı olarak, bir ifa kastı (iradesi) olmakla beraber bunun karşı tarafa yöneltilmesi gerekli değildir. Bu sebeple de, bu tür iddiaların, karşı taraftan sadır belgelerle ispat edilmeleri beklenemez. Ancak, sözleşmenin ifası, teslim gibi karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir iradeyi de içeriyorsa, ifanın ispatı ancak kesin delillerle yapılabilir. Örneğin, bir terzinin borcu, bir elbise dikip alacaklıya teslim etmek ise (menkul malın mülkiyetinin devrini de ihtiva ediyorsa) terzi, alacaklıya elbiseyi teslim ettiğini şahitle değil ancak kesin delillerle ispatlayabilir³⁹⁶. Aynı şekilde bir işçinin üstlendiği görev, bir malı üçüncü kişiye teslim etmek ise artık belge almak anlamında imkânsızlıktan bahsedilemez. Böyle bir durumda işçi, hizmet edimini yerine getirdiğini ancak kesin delillerle ispatlayabilir³⁹⁷.

3.3. HUKUKİ FİİLLERİN ŞAHİT İLE İSPAT EDİLEBİLMESİ

Yukarıdaki bölümlerde, HUMK'un ispat rejimi açısından karma bir yapı benimsediğini belirtmiştik. Bu yapı uyarınca HUMK'un 288. ve 290. maddelerine göre, hukuki işlemler ve tartışmalı olmakla beraber hukuki işlem benzeri fiiller ancak senetle ispat edilebilirler. Bu işlemlerin dışında kalan ve hukukun kendisine sonuç bağladığı diğer insan irade ve hareketleri (dar manada hukuki fiiller) ise kural olarak her türlü delille ispat edilebilirler.

Bu bölümde geniş ve dar anlamı ile hukuki fiil kavramını, hukuki işlemlerle olan münasebetiyle birlikte inceledikten sonra uygulamada sıklıkla karşılaşılan ve tartışmalara konu olmuş hukuki fiil örneklerini incelemeye çalışacağız.

3.3.1. Hukuki Fiil Kavramı

Geniş anlamı ile hukuki fiil, kendisine, hukuk tarafından sonuç bağlanan insan iradesini ve hareketini ifade etmek için kullanılan bir terimdir. Buna karşılık, dar anlamı ile

mesainin üzerinde bir çalışma yapıldığı davacı tanıklarınca açıklanmış değildir. Belirtilen günlerde fazla çalışma yapıldığı yöntemince kanıtlanamadığından bayram ve genel tatiller için fazla çalışma ve bunun günlük yüzde beş fazlasının hesaplanarak hüküm altına alınması hatalı olmuştur.” (Y. 9. HD. 2005/20427 E. 2005/20680 K. 13.09.2005 T. KAÇAK, s. 942.)

³⁹⁶ KURU, C. II, s. 2318.

³⁹⁷ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 70.

hukuki fiil ise hukuki işlemler dışında kalan insan irade ve davranışlarını ifade eder³⁹⁸. Şahit ile ispat edilebilen insan davranışları da, kural olarak dar anlamı ile hukuki fiillerdir. Aşağıda, geniş anlamı ile hukuki fiil kavramı, hukuki işlemlerle olan münasebetiyle birlikte açıklanarak, şahitle ispat edilebilen, hukuki fiillerin (dar anlamı ile hukuki fiillerin), çerçevesi çizilmeye çalışılacaktır.

Hukuki fiil kavramını, daha iyi anlayabilmemiz için ilk olarak, hukuki olay kavramına kısaca değinmemiz gerekir.

Dünyamızda meydana gelen bütün olaylar, hukukun ilgi alanına girmez ve hukuki sonuç doğurmazlar. Buna karşılık, meydana gelen bazı olaylar, hukuk düzeni tarafından tanınır ve kendilerine sonuç bağlanır. Bu anlamda eğer bir olay, hukuk alanında etki yapıyor ve bir hukuk kuralının uygulanmasını gerektiriyorsa, hukuki olay sıfatını kazanır. Bir başka anlatımla hukukun kendisine sonuç bağladığı olaylara, hukuki olay denir³⁹⁹. İşte bu olaylar, insan iradesinden yahut insan davranışlarından kaynaklanırsa, hukuki fiil adını alırlar. Bu anlamda, hukuki olay, hukuki fiilleri de kapsayan geniş bir kavramdır.

Bu açıklamalardan sonra, hukuki fiil şu şekilde tanımlanabilir; İnsan iradesinden veya davranışından kaynaklanan ve kendisine hukuk düzeni tarafından sonuç bağlanan olaylara hukuki fiil denir⁴⁰⁰.

Hukuki fiiller, kendi aralarında hukuka uygun fiiller ve hukuka aykırı fiiller olmak üzere ikiye ayrılır⁴⁰¹.

Hukuka aykırı fiiller, hukukun kendilerine bazı müeyyideler (sorumluluklar) belirlediği hukuki fiillerdir. Bu tür fiiller öldürme, yaralama, hakaret gibi haksız fiil şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, sözleşmeden kaynaklanan borca aykırılık şeklinde de tezahür edebilirler⁴⁰².

³⁹⁸ OĞUZMAN / BARLAS, s. 153 vd.

³⁹⁹ OĞUZMAN / BARLAS, s. 152; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 35.

⁴⁰⁰ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 36.

⁴⁰¹ OĞUZMAN / BARLAS, s. 153.

⁴⁰² Bu fiillerin, nasıl ispat edilebileceği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tazminatı Gerektiren Fiillerin İspatı, s. 103.

Hukuka uygun fiiller ise irade (ve emek) açıklamaları, bilgi-haber açıklamaları ve duygu açıklamaları olmak üzere üçe ayrılır.

Hukuka uygun fiillerin en büyük ve en önemli kısmını, irade ve emek açıklamaları oluşturur. Doktrinde, irade ve emek açıklamaları da kendi içinde hukuki işlemler, hukuki işlem benzeri fiiller ve maddi fiiller olmak üzere üçe ayrılmıştır. Hemen belirtmekte fayda var ki, senetle ispat kuralları da kural olarak alt kategori olarak belirttiğimiz hukuki işlemler ve tartışmalı olmakla beraber hukuki işlem benzeri fiiller için geçerlidir. Hukuki işlemleri ve hukuki işlem benzeri fiilleri ayrıntılı olarak açıkladığımız için burada sadece maddi fiilleri açıklamaya çalışacağız⁴⁰³.

Maddi fiil, hukuk düzenin öngördüğü sonucun, hukuki işlemlerde olduğu gibi irade açıklamasına değil de meydana getirilen maddi bir değişiklik sebebiyle ortaya çıkmasıdır. Bu fiiller, irade açıklaması değil bir emek ve iş açıklaması teşkil eder. Örneğin av sebebiyle, avlanan hayvanların avcının mülkiyetine geçmesi, kişinin define bulması, bir yazarın yazdığı roman üzerinde fikri mülkiyet hakkı kazanması, zilyetliğin teslim yolu ile devri, maddi birer fiildir⁴⁰⁴. Bu tür fiillere, kural olarak hukuki işlemlere ilişkin kurallar yani senetle ispat kuralları uygulanmaz. Bu fiillerin meydana geldiğini iddia eden taraf, bu iddialarını şahit dâhil olmak üzere her türlü delille ispatlayabilir⁴⁰⁵.

Tasavvur açıklamaları olarak da isimlendirilen bilgi ve haber açıklamaları ise aslında meydana gelmiş bir olayın, ilgiliye veya ilgililere bildirilmesidir. Örneğin BK'nun 198. maddesi uyarınca maldaki ayıbın satıcıya bildirilmesi yahut BK'nun 165. maddesi uyarınca alacağın temlik edildiğinin borçluya ihbar edilmesi bir çeşit bilgi ve haber açıklamasıdır⁴⁰⁶. Doktrinde bu tür hukuki fiillerin senetle ispat kuralına dâhil olup olmadığı tartışmalıdır. Postacıoğlu'na göre bu tür bildirimlerin (beyanların) senetle ispat kuralına tabi kılınması için bazı haklı gerekçeler olmasına rağmen bu bildirimler, şahit dâhil her türlü delille ispat

⁴⁰³ Hukuki işlemler ve hukuki işlem benzeri fiiller için bkz. s. 42 vd.

⁴⁰⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 85; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 37.

⁴⁰⁵ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 39 vd.

⁴⁰⁶ B.K'nun 87. maddesi uyarınca makbuz verilmesi yahut 357. madde uyarınca müteahhidin işin yapılmasını tehlikeye sokacak durumları iş sahibine bildirmesi de bilgi ve haber açıklamasıdır. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 37; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 86.

edilebilir⁴⁰⁷. Yargıtay da ayıp ihbarı ile ilgili içtihatlarında çoğunlukla, ayıp ihbarının bir şekle bağlı olmadığını ve her türlü delille ispat edilebileceğine karar vermektedir⁴⁰⁸.

Duygu açıklamaları ise her zaman için hukuki sonuç doğurmaz. Örneğin, bir insanın diğer insanı sevdiğini söylemesi, bir hukuki fiil değildir. Çünkü bu hareket tarzına, hukuk düzeni, bir sonuç bağlamamıştır. Ancak nadirde olsa bazı duygu açıklamalarına, hukuk düzeni bir sonuç bağlar. Örneğin MK'nun 161. maddesi uyarınca, zina eden eşin, diğer eş tarafından affedilmesi bir duygu açıklamasıdır⁴⁰⁹. Kanaatimizce, bu tür açıklamaların senede bağlanması maddi anlamda imkânsız olduğu için bu tür fiiller, nitelikleri gereği her türlü delille ispat edilebilirler.

⁴⁰⁷ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 52.

⁴⁰⁸ “Davacının diğer istemi yönünden yapılan temyiz incelemesine gelince; mevzuatımızda ayıp ihbarının belirli şekilde yapılması gerektiğini öngören bir hüküm mevcut değildir. İspat edilmek kaydıyla ayıp ihbarının her türlü vasıta ile yapılması mümkün olduğu gibi, ihbarın yapıldığı da her türlü delille ispat olunabilir. Davada, davacı “iki parti etin bozulduğunu” anında telefonla davalıya bildirdiğini iddia etmiş ve dinlenen davacı tanığı da bu iddiayı teyit etmiştir.” (Y. 11. HD. 28.01.1991-284/294, KAÇAK, s. 1014)

Aynı yönde “ TTK m.20/3 üncü maddesinde sözü edilen şekle bağlı ihbarların, maddede sayılı ve sınırlı olarak tayin edilen hallerde münhasır olup, ayıp ihbarını kapsama almamış ve bu suretle satılan malda görülen ayıbın ihbarı bir şekle bağlanmamış olmasına göre, davacının bu konuda gösterdiği diğer delillerde değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekir” (Y. 11. HD. 25.12.1985-5446/4722, KAÇAK, s. 1014,1016) Aynı yönde; Y. 15. HD. 1989/3936 E. 1990/1735 K. 11.04.1990 T.; Y.15. HD. 1987/4166 E. 1988/389 K. 04.02.1988 YKD. Haziran 88 s.824; Y. 15. HD. 1995/7272 K. 1996/74 15.01.1996, ERDEMİR, s. 1250-1251)

Yargıtay'ın aksi yönde, ayıp ihbarının ancak senetle ispat edilebileceğine dair kararları da mevcuttur. “ HUMK' un 288. maddesi hükmünce bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin yapıldıkları zamanki miktar ve değerleri 20.000 TL'yi geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hüküm, hukuki ilişkide değişiklik yaratan temerrüdü, fesih ve rücu ihtarlarını da kapsamaktadır. Bu nedenle ayıp ihbarı ile alım satım akdinin feshi veya akiden rücu veyahut da ayıplı malın yerine aynı cins ve vasıfta yeni bir malın teslimi için munzam süre tayini suretiyle satıcıyı temerrüde düşürme amacını güdüyorsa tacirler arası satım akdinde ayıp ihbarının TTK'nun 20/3 maddesi hükmünce noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü mektupla yahut da telgrafla yapılması şart olup tanıkla ispat edilemez”. (19. HD 17.05.1994, 1994/4214 E. 1994/5084 K. ERTEKİN, Erol / KARATAŞ, İzzet; **Uygulamada Ticari Senetler**, 2. Baskı, Ankara 1996, s. 649 vd. KURU C.II s. 2237). Yargıtay'ın bu kararı ile aynı görüşte olan Kuru'ya göre; ayıp ihbarı tek taraflı bir hukuki işlemdir. Bu sebeple, ayıp ihbarı ancak senetle ispat edilebilir. Bkz. KURU, C. II, s. 2237.

⁴⁰⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 86; OĞUZMAN / BARLAS, s. 153.

3.3.2. Hukuki Fiil Örnekleri

3.3.2.1. Tazminatı Gerektiren Fiillerin İspatı

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bir suç teşkil etsin veya etmesin tazminatı gerektiren fiiller şahitle ispat edilebilir. Senetle ispat kurallarını düzenleyen HUMK'un 288. ve 290. maddelerinin hukuki işlemleri kapsayıp, hukuki fiilleri dışarıda bırakması karşısında, 293. maddenin 2. bendinin düzenlenmesinin pratik bir yararı yoktur. Bu anlamda bu fıkra olmasaydı dahi bu tür fiiller şahitle ispatlanabilecektir. Gerçekten de bu tür fiillerin karşı taraftan sadır bir senetle ispatlanmasında maddi bir imkânsızlık söz konusudur. Dolayısıyla tazminatı gerektiren fiiller, diğer bütün hukuki fiiller gibi her türlü delille ispatlanabilir.

Maddede belirtilen tazminatı gerektiren fiillerden ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi, çalışmamız açısından önemlidir. Kuru'ya göre burada belirtilen fiiller sadece teknik anlamda haksız fiilleri kapsar⁴¹⁰. Bu anlamda sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat alacakları bu madde kapsamına girmez⁴¹¹. Gerçektende sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat alacaklarının hükme bağlanabilmesi için ilk olarak iddia sahibinin, taraflar arasında vuku bulunduğu iddia edilen sözleşmeyi, HUMK'un 288. maddesi uyarınca senetle ispat etmesi gerekir⁴¹². Daha sonra bakılır eğer karşı tarafın sözleşmeye aykırı davranışı bir hukuki işlemde kaynaklanıyorsa, yine senetle ispat kuralları uyarınca iddia sahibi, iddiasını ancak

⁴¹⁰ KURU, C. II, s. 2261. Bu maddenin haksız fiilleri kapsadığına hiç şüphe yoktur. Bu tür fiillerin, nitelikleri gereği senede bağlanması maddi anlamda imkânsızdır. Bu sebeple, darp, cebir, hakaret gibi haksız fiillerin şahitle ispat edilmesi mümkündür. Bazı fiillerin ise haksız fiil teşkil edip etmediği her zaman için sarih olmayabilir. Bu tür fiillerin hukuki nitelmesi ise doktrin ve Yargıtay içtihatlarıyla yapılmaktadır. Örneğin, "Üçüncü şahsın ihbar varakasına (birinci haciz ihbarnamesi) karşı yaptığı beyanın hilafı hakikat olduğunu iddia eden alacaklı iddiasını ispatla mükellef olup hadisede tespiti delail zabıt varakası müddeanın sübutuna kafi görülmediğine nazaran borçlunun dâhil olduğu şirketin defterleri yeniden ehli-vukuf marifetiyle tetkik ettirilerek ve ledelhace alacaklının ikame edeceği şahit dinleyerek hâsıl olacak neticeye göre karar verilmesi iktiza ederken şahit dinlenmeyeceğinden ve saireden bahisle şikayetin reddi cihetine gidilmesi kanuna muhaliftir." (İD 1940/4803 E. 1940/5209 K. 21.11.1940 T. Hakkı Güler Haşeyeli İİK 2. baskı, İstanbul 1941, s.91 Naklen KURU, C. II, s. 2262) Kuru'da bu karara paralel olarak üçüncü kişinin gerçekte yedinde var olan alacak için gönderilen haciz ihbarnamesine itiraz etmesini haksız fiil olarak nitelendirmiştir. Yazar'a göre bu sebeple; birinci haciz ihbarnamesine itirazın, icra tetkik merciinde kaldırılmasının dava edilmesi durumunda gerçekte alacağın üçüncü kişinin elinde bulunduğu şahitle ispat edilebilir (KURU, C. II, s. 2262).

⁴¹¹ KURU, C. II, s. 2261.

⁴¹² POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 147; KURU, C. II, s. 2263.

kesin delillerle ispatlayabilir. Yok eğer, sözleşmeye aykırı davranış bir hukuki fiil teşkil ediyorsa, bu durumda iddia sahibi sözleşmeye aykırı davranışı şahitle ispat edebilir⁴¹³.

Burada değinilmesi gereken diğerk husus ise sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak haklarının bu madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, bu anlamda şahitle ispat edilip edilemeyeceğidir. Burada da sözleşmeye aykırı davranışlarda olduğu gibi sebepsiz zenginleşmeye sebep olan vakıanın hukuki niteliğine göre bir ayırım yapmak mümkündür. Bu anlamda, eğer sebepsiz zenginleşme HUMK'un 288. maddesi kapsamında hukuki bir işlem den kaynaklanmışsa, sebepsiz zenginleşme ancak kesin delillerle ispatlanabilir. Buna karşılık, sebepsiz zenginleşme hukuki bir fiilden kaynaklanıyorsa, sebepsiz zenginleşmeye dayanarak bir alacak hakkı iddia eden taraf, bu iddiasını her türlü delille (şahitle) ispatlayabilir⁴¹⁴.

Bu maddenin kapsamına, vekâletsiz iş görme kurumunun girip girmediği de tartışmalıdır. Kanaatimizce vekâletsiz iş gören kişinin, yaptığı zorunlu ve faydalı masrafları talep hakkının bu madde kapsamına dâhil olup olmadığını değerlendirmek için ilk olarak vekâletsiz iş görmenin hukuki niteliğine değinmek gerekir. Doktrinde vekâletsiz iş görmenin hukuki niteliği hakkında çeşitli fikirler savunulmuştur. Bu anlamda iş sahibinin rızası olsa dahi vekâletsiz iş görmeyi haksız fiil olarak niteleyen yazarlar olduğu gibi vekâletsiz iş görmeyi bir hukuki işlem, hukuki işlem benzeri fiil ya da geniş anlamda hukuki fiil olarak niteleyen yazarlar da vardır⁴¹⁵. Tandoğan bu konuyu çeşitli ihtimallere göre incelemiştir. Birinci ihtimalde iş gören kişi, iş sahibinin menfaatini gözetmek amacıyla iş görmüş olmasına rağmen iş sahibinin objektif anlamda menfaatlerine aykırı davranmış yahut iş sahibinin bilinen veya bilinmeyen karşı çıkmasına rağmen işi görmüş ise bu durumda geniş anlamda bir haksız fiil mevcuttur. Eğer bu davranışta kusur var ise BK'nun 41. maddesi anlamında dar anlamda haksız fiil söz konusudur. İkinci ihtimalde ise iş gören, iş sahibinin objektif menfaatine uygun davranmış ve iş sahibinin bilinen veya bilinmeyen bir karşı çıkması da söz konusu değildir. Bu durumda Tandoğan'a göre geniş anlamda hukuki fiil ve dar anlamı ile hukuki işlem benzeri fiil söz konusudur. Ancak, yazarın da belirttiği gibi hukuki işlemlere ve hukuki işlem benzeri fiillere uygulanacak bütün hükümlerin, bu ihtimal içinde uygulanması

⁴¹³ KURU, C. II, s. 2263.

⁴¹⁴ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 148-149.

⁴¹⁵ Bu görüşlerin, ayrıntılı tartışması ve açıklanması için bkz. TANDOĞAN, Haluk; **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyile Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme**, İstanbul 1957, s. 40 vd

söz konusu olmaz⁴¹⁶. Bu anlamda her iki ihtimalde belirtilen hukuki nitelendirme vekâletsiz iş görmenin şahitle ispatına cevaz verilmesine müsaittir.

Postacıoğlu ise vekâletsiz iş görmenin hukuki niteliğine değinmeden, doğrudan iş sahibinin gördüğü işin niteliğine göre uygulanacak ispat rejimini belirlemeyi tercih etmiştir⁴¹⁷. Gerçektende vekâletsiz iş görmenin konusu, hukuki fiil olabileceği gibi bir nevi vekâletsiz iş görme sayılan dolaylı temsilde olduğu gibi hukuki işlemde olabilir⁴¹⁸. Bu anlamda Postacıoğlu'na göre eğer vekâletsiz iş gören kişinin davranışı bir hukuki fiil ise şahitle ispata cevaz verilmelidir. Buna mukabil, iş gören kişinin davranışı bir hukuki işlem teşkil ediyorsa senetle ispat kuralları gereği, iş gören iddiasını ancak kesin delillerle ispat edebilecektir⁴¹⁹.

Yukarıda belirttiğimiz üzere tazminatı gerektirici fiillerin mevcut olması halinde, iddia sahibi iddiasını şahitle ispat edebilecektir. Ancak hemen belirtmekte fayda var ki taraflar, ödenecek tazminat konusunda anlaşılırsa, böyle bir sözleşmenin HUMK' un 288. maddesi uyarınca senetle ispatı gerekecektir⁴²⁰.

3.3.2.2. Sözleşmedeki Hata, Hile, Tehdit ve Gabin İddialarının İspatı

Sözleşmeye karşı ileri sürülen hata, hile, tehdit ve gabin iddiaları hakkında, gerek bu iddiaların birer hukuki fiil teşkil etmeleri, gerekse de HUMK'un 293. maddesinin 5. fıkrasının özel düzenlemesi sebebiyle şahit dinletilebilir. Aşağıda, belirttiğimiz bu iddiaları ve gösterdikleri özellikleri ayrı ayrı incelemeye çalışacağız.

3.3.2.2.1. Hatanın İspatı

3.3.2.2.1.1. Genel Olarak

Kural olarak, sözleşme, tarafların özgür ve sıhhatli iradelerinin aynı noktada birleşmesi ile meydana gelir ve tarafları bağlar. Ancak, taraflardan biri bu sözleşmeyi

⁴¹⁶ TANDOĞAN, s. 54. Yazar, iş görenin kendi menfaati için yaptığı fiilleri de hakiki manada vekâletsiz iş görme olarak nitelendirerek, bu tür fiillerin iş sahibi menfaatine yapılan fiillerle aynı kurallara tabi olduğunu savunmuştur. Age, s. 66 vd.

⁴¹⁷ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 149.

⁴¹⁸ YAVUZ, Cevdet; **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul 2007, s. 790 vd.

⁴¹⁹ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 149-150.

⁴²⁰ KURU, C. II, s. 2263.

yaparken iradesini etkileyen bir hataya düşmüşse BK'nun 23. maddesi uyarınca akit kendisi bağlamaz⁴²¹.

Doktrinde “hata ya irade beyanının istenmeyerek arzuya uygun olmaması veya arzunun (iradenin) oluşmasına etken olan bir hususta düşüncenin (tasavvurun) gerçek duruma uygun olmaması” hali olarak tanımlanmıştır. Tanımda belirtilen birinci halde beyan hatası ikinci halde saikte hata söz konusudur⁴²².

Tarafın, iradesinin her yanılması ise akdin geçerliliğini etkilemez. BK'nun 23. maddesi uyarınca ancak esaslı hata yapan taraf, akit ile bağlı olmaz. Bu anlamda BK'nun 24. maddesi esaslı hata sayılabilecek halleri örnek kabilinde saymıştır. Esaslı hatanın hukuki sonucu ise (yaptırım) düzelebilir hükümsüzlüktür⁴²³. Bu sebeple hataya düşen taraf, hatayı öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içinde akdi hükümsüz kılmak içinde beyanda bulunmazsa, akit geçerli sayılır.

Hata hakkında verdiğimiz, bu kısa bilgidен sonra konumuz açısından önem teşkil eden hatanın ispatı kısmına geçebiliriz.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesinin beşinci fıkrasının açık hükmü gereğince, akitlerde meydana gelen hata, iddiaları şahitle ispat edilebilir. Şu durumda senede bağlanmış bir sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta, hataya düşen taraf, gerçek iradesinin sözleşmede yazılı şekilde olmadığını, dalgınlık, unutkanlık veya içinde bulunduğu psikolojik olaylar nedeniyle hataya düştüğünü iddia edip hata iddiasını şahitle ispat edebilir⁴²⁴. Gerçekten de hata iddialarının senede bağlanmasında, maddi imkânsızlık söz konusudur⁴²⁵. Hukuki fiil, niteliğindeki bu eylem ve tasavvurların senede bağlanması akıl ve mantık kuralları uyarınca mümkün değildir.

Hata iddialarının, senetle ispat kurallarını genişletip, kullanılamayacak hale getirmemesi için ise hâkim hata iddialarını incelerken çok dikkatli davranmalıdır. Hâkim, ilk olarak, hatanın mevcudiyetini gösteren objektif sebeplerin mevcudiyetini tespit etmeye

⁴²¹ TUĞSAVUL, s. 773.

⁴²² OĞUZMAN / ÖZ, s. 80.

⁴²³ OĞUZMAN / ÖZ, s. 90.

⁴²⁴ TUĞSAVUL, s. 774.

⁴²⁵ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 420.

çalışmalıdır. Bunların varlığına kanaat getirirse daha sonra şahit dinlenilmesine izin vermelidir. Aksi takdirde, senetle ispat kuralları önemli oranda bertaraf edilebilecek, sözleşme aleyhine bir senet bulamayan taraf, hataya düştüğünü iddia ederek haksız şekilde şahit dinletme hakkı kazanacaktır⁴²⁶.

Aşağıda hata kavramı ve hata iddiası halinde, hâkimin takip etmesi gereken yol hakkında önemli bilgiler veren örnek niteliğindeki bir Yargıtay kararını nakletmekte fayda görüyorum. “Davacı, kat mülkiyeti kurulmuş 9335 ada 2 parsel sayılı taşınmazdaki 9 ve 10 no lu bağımsız bölümlerin kayden maliki iken 10 no lu konutu davalı Behiye’ye devir ve temlik hususunda anlaşmaya varılmış olmasına karşın, 9 nolu konut yönünden tapuda işlem yapıldığını öne sürmüş, iptal ve tescille karar verilmesini istemiştir. İddianın ileri sürülüş biçimine göre, davada (hata) hukuksal nedenine dayanıldığı açıktır. Esasen maddi olayları açıklamak yanlara, uyuşmazlığa çözüm getirecek olan hukuki nedeni saptamak yargıca aittir. HUMK’un 293. maddesinde ifade edildiği üzere, bu tür iddiaların tanık dâhil, her türlü delil ile kanıtlanabilmesine yasal olanak vardır. Akdin konusunu teşkil eden şeyden hataya düğüldüğünün iddiası için hükme yeterli bir soruşturmanın yapılması da zorunludur. Bilindiği gibi, hatanın esaslı sayılabilmesi ve iptal hakkı bahşedilebilmesi Borçlar Kanununun 24 ve 25. maddelerinde yazılı koşulların bir arada gerçekleşmesine bağlıdır. Hata, hem objektif hem de subjektif bakımdan esaslı olmalıdır. Hatanın dürüstlük (objektif iyiniyet) kuralları uyarınca sözleşmenin iptalini haklı gösterecek önemde bulunması, objektif unsurunu oluşturur. Hata ettiğini bilseydi, sözleşmeyi yapmayacak olan kişinin durumu da subjektif unsur olarak kendini gösterir. O halde, yukarıda değinilen ilkeler gözetilerek yanların gösterecekleri delillerin tümüyle toplanması, icra dosyalarının getirilmesi, tanıkların dinlenmesine...”⁴²⁷.

3.3.2.2.1.2. Okunmadan İmzalanan Belgelerin İspatı

Bir kimse, diğeri bir kimsenin hazırladığı bir belgeyi okumadan imzalayıp daha sonra bu belgenin gerçek iradesine uygun olmayan beyanları ihtiva ettiğini fark ederse hata hükümlerine dayanıp dayanamayacağı doktrinde farklı ihtimallere göre değerlendirilmiştir.

İlk olarak belirtmek gerekir ki, okumadan bir senedi imzalayan kimse, karşı tarafa güvenerek sözleşmenin bütün şartlarını kayıtsız ve şartsız olarak kabul etmişse hata

⁴²⁶ KURU, C. II, s. 2399.

⁴²⁷ 1. HD 31.10.1995, 12066/14247 (YKD 1996/4 s.525-526) aynı yönde 1. HD. 07.03.1989 13638/2453 (YKD 1989/12, s.1710-1711, KURU, C. II, s. 2399-2400).

hükümlerine dayanarak sözleşmeyi iptal ettiremez. Çünkü böyle bir durumda bilinçli bir bilgisizlik ve şuarsuzluk vardır. Bile bile bu bilinçsizliğe düşer olan kişiye de hataya dayanarak sözleşmeyi iptal hakkı verilmesi hukuka uygun değildir⁴²⁸. Bu nedenle okumadan senedi imzalayan kimsenin HUMK'un 293. maddesinin 5. fıkrasında belirtilen hata hükümlerine dayanarak şahit dinletmesi mümkün değildir⁴²⁹.

İkinci ihtimalde, senedi okumadan imzalayan kimsenin senet metni hakkında bir düşüncesi vardır. Yani, senedi imzalarken, senette belirli şartların varlığını veya yokluğunu yahut da tamamen farklı içerikli bir şeyi imzaladığını varsaymaktadır. Ancak daha sonra, imzaladığı senedin tasavvuruna aykırı olduğu görmektedir. Böyle bir durumda, senedi hazırlayan tarafın senet metninin, imzalayan kişinin iradesine aykırı olduğunu bilip bilmemesine göre uygulanacak hükümler değişecektir.

Senedi hazırlayan taraf, karşı tarafın iradesi ile senet metni arasındaki farkı biliyor ve bilmesi gerekiyorsa böyle bir durumda hata hükümlerine gidilmesine gerek kalmaksızın sözleşme hiç kurulmamış sayılır⁴³⁰. Kanaatimizce, böyle bir durumda, okumadan imza atan kimse, senet ile gerçek iradesinin farklı olduğunu ve karşı tarafın, bu durumu güven teorisine göre bildiğini veya bilmesi gerektiğini şahit ile ispat edebilir

Senedi hazırlayan taraf, karşı tarafın iradesi ile senet metni arasındaki farkı bilmiyor ve biliyor olması da gerekmiyorsa, yukarıdaki ihtimalden farklı olarak, güven teorisi uyarınca

⁴²⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul 1968, s. 33; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 421; OĞUZMAN / ÖZ, s. 84. "Davacı sadece belgeyi okumadan parmak izini bastığını ileri sürmüştür ki bu iddia nitelikçe bir belgenin okunmadan imzalanması ya da parmak izi basılması şeklinde kabul edilebilir. Oysa bir belgenin okunmadan imzalanıp ya da işaretlenmesi, güven ilkesi yönünden geçerli bir belge olarak kabul edilmek gerekir. Çünkü içeriği hakkında hiç bir bilgi sahibi olmadığı bir belgeyi bu durumu bile bile, karşı tarafın her istediğine önceden razı olarak imzalayan ya da parmak izini basan kişi sonradan hata sebebiyle belgenin kapsadığı hukuki işleminin iptalini ileri süremez. Aksi halde şuurlu bilgisizlik, hata ile bir tutulmuş ve hata kavramı içinde mütalaa edilmiş olur ki böyle bir kabule ne bilimsel ve nede yargısal görüşlerde yer yoktur. O halde bir belgeyi bile bile okumadan imzalayan kişi, o belgeyi kayıtsız şartsız kendi irade beyanının muhtevası olarak kabul etmiş ve benimsemiş demektir ki yukarıda yazılan bütün nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken mahkemece hem davada ileri sürülen isteğin nitelik ve kapsamında ve hem de Usulün 297. maddesi hükmünün yorumunda hataya düşülerek verilen, karar bozulmalıdır." (Y. 4. HD. 1977/9842 E. 1989/7238 K. 30.05.1978 T. Kazancı otomasyonu)

⁴²⁹ KURU, C. II, s. 2401.

⁴³⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 422, OĞUZMAN / ÖZ, s. 84.

sözleşme, senet metnine göre kurulmuş sayılır. Ancak, bu durumda senedi okumadan imzalayan kişi gerekli diğer şartların mevcut olması halinde hataya dayanabilir⁴³¹. Bu nedenle, senedi okumadan imzalayan kişi HUMK'un 293/5 uyarınca bu iddiasını şahitle ispat edebilir.

3.3.2.2.2. Hilenin İspatı

3.3.2.2.2.1. Genel Olarak

Hukuki işlemin taraflarının, iradesini sakatlayan hususlardan biri olan hile BK'nun 28. maddesinde düzenlenmiştir. "Hile, bir kimsenin davranışı ile diğer şahsı, irade beyanında bulunmaya sevk etmek için o şahısta hatalı bir fikrin doğumuna veya teyidinde ya da devamına kasteden sebebiyet verilmesidir"⁴³². Bir başka ifadeyle hile, bir tarafın hileli davranışı ile diğer tarafın iradesinde saik hatasına sebebiyet vermesidir⁴³³.

Hilenin mevcudiyetinden söz edebilmemiz için üç unsurun birlikte bulunması gerekir. İlk olarak bir aldatma fiilin var olması gerekir. İkinci olarak, aldatan kişide aldatma kastının mevcut olması gerekir. Son olarak da sözleşmenin kurulması ile aldatma fiili arasında bir illiyet bağının mevcut olması gerekir⁴³⁴. Bu üç şartın birlikte bulunması halinde, hileye dayanan taraf sözleşmeyle bağlı olmaz. Ancak, hileye maruz kalan taraf, bir yıl içerisinde sözleşmeyle bağlı olmadığını beyan etmek zorundadır. Aksi takdirde, sözleşmeye icazet vermiş sayılır ve sözleşmeyle bağlı hale gelir. Bu sebeple hilenin yaptırımını düzelebilir hükümsüzlük olarak adlandırılmıştır. Hile, hukuki işlemin bir tarafınca yapılabileceği gibi üçüncü bir kişi tarafından da gerçekleştirilebilir. Ancak üçüncü kişi tarafından yapılan hile de hükümsüzlük sonucun oluşabilmesi için yukarıda belirttiğimiz üç şartın yanında, hukuki

⁴³¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 34; OĞUZMAN / ÖZ, s. 84; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 422.

⁴³² OĞUZMAN / ÖZ, s. 93.

⁴³³ TUĞSAVUL, s. 774; EREN, s. 358; OĞUZMAN / ÖZ, s. 93. Yargıtay bir kararında hileyi ve hilenin hatadan farkını şu şekilde açıklamıştır "Hile genel olarak bir kimseyi irade beyanında bulunmaya, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için onda kasten hatalı bir kanı uyandırmak ve esasen var olan hatalı bir kanıyı koruma yahut devamını sağlamak şeklinde tanımlanır. Hatada yanılma, hilede yanılma söz konusudur." (Y. 1. HD. 15.11.1995-14233/15031 KAÇAK, s. 507) "Hile, bir kimsenin iradesinin gerçek dışında açığa vurulması için ona girişilen eylem ve davranışlardır. Yani o kişinin gerçeği bilmesi halinde iradesini açıklamaktan kaçınacağı kesin olan hallerde hileden söz edilebilir" (Y. 2. HD. 10.10.1977-7621/7844 (YKD. Ocak 1977,s.21, KAÇAK, s. 490.) (Y. 11. HD. 02.06.1983-2750/2786, KAÇAK, s. 506).

⁴³⁴ KILIÇOĞLU, s. 139 vd. Bu unsurların ayrıntılı açıklaması için bkz. KÜRŞAT, Zekeriya; **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, İstanbul 2003, s. 12 vd.

işlemin, diğer tarafının (hileye maruz kalmayan tarafın) hileyi bilmesi veya biliyor olması gerekir⁴³⁵.

Hilenin hukuki niteliğini ve hükümlerini kısaca inceledikten sonra hilenin nasıl ispatlanabileceğini incelemeye geçebiliriz. Hile, kanundan dolayı, senetle ispat kurallarının istisnalarından biridir. HUMK'un 293. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, hile iddiaları hakkında şahit dinlenebilir. Ancak, kanunun, bu açık hükmü olmasaydı bile, hile iddiaları her türlü delille ispatlanabilirdi. Çünkü hayatın olağan akışına ve mantık kurallarına göre hileye başvuran kişinin, hile hakkında bir senet düzenlemeyeceği, düzenlense bile bunu bir şekilde yok edeceği muhakkaktır. Bu anlamda, hileye maruz kalan tarafın, hilenin ispatı için bir senet bulması maddi anlamda imkânsızdır⁴³⁶.

Hâkim, hile iddiaları hakkında şahit dinlerken çok dikkatli davranmalıdır. Tarafların, hile bahanesiyle, senetle ispat kurallarını bertaraf etmelerini önlemelidir. Bu sebeple hâkim ilk olarak, hileye maruz kaldığını iddia eden tarafın, iddia ettiği vakıanın kanuni anlamda bir hile teşkil edip etmediğini tespit etmelidir. Soyut hile iddiası, şahit dinlenilmesi için yeterli değildir. Hâkim, hile iddiasında bulunan tarafa, hileden maksadının ne olduğunu, karşı tarafın hangi davranışları ile kendisine hile yaptığını ayrıca bu fiillerin zaman ve mekân bütünlüğünü açıklattırmalıdır⁴³⁷. Eğer hâkim yaptığı inceleme sonucunda, tarafın iddia ettiği vakıaların hile teşkil edebileceğine kanaat getirirse, bu iddianın ispatı için şahit dinlenilmesine izin vermelidir. Aksi takdirde, şahit dinletme talebini reddetmelidir. Yargıtay, farklı kararlarında bu konu üzerinde hassasiyetle durmuştur.

Yargıtay, noter önünde doğrudan doğruya düzenlenmiş belgenin geçersizliğini ileri süren davacının, satış parasını aldığı yolundaki ikrarının hile ile gerçekleştiğini iddia ettiği bir davada, taraflar arasındaki ilişkinin inanca dayalı bir işlem olduğunu bu sebeple şahit dinlenemeyeceğine, bu nitelikte bir belgenin aleyhine şahit dinlenilebilmesi için ileri sürülen olayların gerçekten hile teşkil eden olaylar olması gerektiğine karar vermiştir⁴³⁸.

Bir başka kararda davacının, “araba satışı için verilen bonoların vadelerinden önce ödendiğini, ancak alacaklı tarafın, senetleri yanında getiremediğini ama senetleri daha sonra

⁴³⁵ OĞUZMAN / ÖZ, s. 96.

⁴³⁶ BERKİN (Delillerin Takdiri), s. 159.

⁴³⁷ TUĞSAVUL, s. 775.

⁴³⁸ Y. 4. HD. 15.11.1965 T. 1965/8101 E. 1965/5889 K. N.4, S. 683 (ERDEMİR, s. 1334)

iade edeceğini belirttiikten sonra, senetleri geri vermediği iddiasını” hile olarak nitelendirilemeyeceğini bu sebeple de, bu iddiaların şahitle ispat edilemeyeceğine karar verilmiştir⁴³⁹.

Yukarıdaki olumsuz kararlara karşı, Yargıtay’ın hile olarak kabul ettiği ve şahit dinlenilmesine cevaz verdiği durumlar da yok değildir. Örneğin Yargıtay, davacının, “davalı tarafın işin metrekaresini fazla gösterdiğini ve bu sebeple fazla para ödediği” iddiasını hile olarak kabul etmiştir⁴⁴⁰. Aynı şekilde, başka belgeleri imzalatırken, hataya düşürerek kambiyo senedi imzalatırmayı veya vadesi geçmiş bonoyu yenileyeceğini söyleyerek, alıp yırtmayı ve yenisini vermemeyi, Yargıtay, hile olarak kabul etmiş ve şahitle ispatına izin vermiştir⁴⁴¹.

3.3.2.2.2. Beyaza Atılan İmzanın İspatı

Doktrinde, beyaza (atılan) imza olarak adlandırılan durum, bir kimsenin henüz senet metni oluşturulmadan, boş bir kâğıdı imzalaması halidir. Böyle bir durumda genellikle, imza atan kişi, karşı tarafa duyduğu güven dolayısıyla senet metninin, karşı tarafla anlaşıldığı üzere doldurulacağı kanaati ile boş kâğıdı imzalamaktadır. Eğer, boş ve imzalı olan kâğıt, tarafların anlaşığı üzere doldurulursa sorun yoktur. Ancak, imzalı boş kâğıdı elinde bulunduran taraf, her zaman için tarafların anlaşığı şekilde belgeyi doldurmamakta, kendi lehine olan hükümleri ekleyerek veya aleyhe olan hususları çıkartarak, senet metnini düzenlemektedir.

Yukarıda açıklanan durumun söz konusu olması halinde, boş kâğıdı, tarafların gerçek iradesine aykırı olarak dolduran şahsın hareketinin, karşı taraf açısından hile veya hata teşkil edip etmeyeceği, senede karşı senetle ispat kuralının çerçevesinin çizilmesi açısından önem arz eder.

Oğuzman/Öz’ e göre bu durum bir hata veya hile değil, imza atanın güvenin kötüye kullanılmasıdır. Bu halde, sözleşme tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı için geçerli

⁴³⁹ Y. 11. HD. 20.10.1977-4060/4412, (KAÇAK, s. 506); Y. 4. HD. 05.11.1965-3379/5527, (KAÇAK, s. 489)

⁴⁴⁰ Y. HGK. 22.02.1984-15-3244/127, (KAÇAK, s. 504), Bu yönde diğer kararlar, Y.11.HD.18.12.1989-9875/7244, (KAÇAK, s.505)

⁴⁴¹ YÜKSEL, s. 529; 11. HD. 01.07.1982 T. 3008/3206; 11. HD. 04.05.1978 T. 2398/2272. Kararlar için bkz. age, s. 529

olmadığı gibi bu davranış Türk Ceza Kanunu anlamında bir suçtur⁴⁴². Peki açığa atılan imzanın tarafların iradelerine aykırı bir şekilde doldurulduğu iddiası hata veya hile değilse nedir ve nasıl ispatlanmalıdır?

Postacıoğlu'na göre boş bir kâğıdın imzalanıp karşı tarafa teslimi bir hukuki işlem olup, HUMK'un 290. maddesine göre değerlendirilmelidir. Bu sebeple, bu tür iddiaların, şahitle ispatına imkân yoktur⁴⁴³. Kuru ise, bu durumun, hukuki nitelendirmesini yapmadan, sadece hile olarak değerlendirilemeyeceğini belirttikten sonra böyle bir durumun kesin delillerle ispat edilmesi gerektiğini savunmuştur⁴⁴⁴. Yargıtay ise kararlılık kazanmış içtihatlarında, beyaza atılarak düzenlenen senetleri, itimadi bir işlem olarak kabul etmektedir. Bu nedenle, Yargıtay, bu tür belgelerin, tarafların iradesine aykırı olarak doldurulduğu iddiasının ancak kesin delillerle ispat edilebileceğine karar vermektedir⁴⁴⁵.

Belirttiğimiz üzere, beyaza atılarak düzenlenen belgenin, tarafların iradelerine aykırı olarak doldurulduğu iddiası şahitle ispat edilemez. Ancak, imzalı boş kâğıt, imza sahibinin elinden hile ile alınmış ise durum farklıdır. Bu durumda, imza sahibinin karşı taraftan bir belge temin etmesi mümkün olmadığından, imza sahibi bu tür bir iddiayı şahitle ispat

⁴⁴² OĞUZMAN / ÖZ, s. 85, Aynı görüşte; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 426. Adı geçen yazarlar bu durumu iddia eden tarafın hataya dayanamayacağını şu şekilde açıklamışlardır. “Her ne kadar boş kâğıdı imzalayan tarafın bunu karşı tarafa teslim ederken, metnin taraflar arasındaki güven ilişkisine ters düşmeyecek biçimde doldurulacağı kanaati ile hareket etmiş bulunduğu ve bu açıdan belgenin teslimi anında bir hatanın mevcut bulunduğu ve bu açıdan belgenin teslimi anında bir hatanın mevcut bulunduğu ileri sürülebilirse de, bu hata hiçbir şekilde esaslı olmayan ve hukuken dikkate alınmayan adi bir saik hatasından (BK m.24/II) ibarettir. Esaslı hata niteliğindeki beyan hatası (yani irade ile beyan arasındaki uygunsuzluk) metinde işaret ettiğimiz gibi, boş kâğıdın karşı tarafça doldurulduğu anda gerçekleşmektedir. Daha önce, ortada tamamlanmış bir irade beyanı yoktur.” Age, s. 426 dpn. 94a

⁴⁴³ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 204. Yazar'a göre böyle bir durumda imza sahibinin karşı taraftan bir belge alması mümkündür.

⁴⁴⁴ KURU, C. II, s. 2403.

⁴⁴⁵ “Davacının dayandığı 2.1.1995 tarihli senet altındaki imzanın davalıların ortak miras bırakanlarına ait olduğu bilirkişi raporuyla saptanmıştır. Öte yandan her ne kadar ortak miras bırakanın beyaz imza atarak verdiği ve bunun üzerinin davacı tarafından doldurulduğu ileri sürülmüş ve bu yön mahkemece de gerekçe olarak gösterilmiş ise de, beyaz imza bir itimadi işlemdir; beyaza imza atanın bunun üzerinin kendi iradesine aykırı olarak doldurulduğunu iddia etmesi halinde, bu iddiasını yasal delillerle ispat etmek zorundadır. Oysa davalılar böyle bir belge vermemişlerdir. Bu durumda senedin aksinin ispat edilmediğinin kabulü zorunludur. Mahkemenin aksine düşüncelerle davayı reddetmiş olması doğru değildir. Bozmayı gerektirir.” (Y. HGK 1999/13-910 E. 1999/993 K. 24.11.1999 T. Kazancı otomasyonu)

edebilir⁴⁴⁶. Yargıtay kararlarında da bu farka dikkat edilmiş ve imzalı boş kâğıdın hile ile alınması durumunda şahitle ispata cevaz verilmiştir⁴⁴⁷.

3.3.2.2.3. Tehditin (İkrahın) İspatı

Borçlar Kanunu' nun 29. maddesi uyarınca eğer iki taraftan biri diğer tarafın yahut üçüncü bir kişinin tehdidiyle bir hukuki işlem yaparsa, bu hukuki işlem (akit) tehdit edilen kişiyi bağlamaz. Tehditte, bir kimseye hukuki işlemi yapmazsa, kendisine veya yakınlarına bir kötülük yapılacağı bildirilerek, o kimsenin korkutulması söz konusudur⁴⁴⁸. İradeyi sakatlayan bu durumda, tehdit edilen kişinin iradesi ile beyanı arasındaki fark korkutmadan yahut zor kullanmaktan kaynaklanmaktadır. Tehdit edilen kişi normal şartlarda yapmayacağı hukuki işlemi, kendisine gösterilen tazyikin etkisiyle yapmak istiyormuş gibi beyanda bulunmaktadır⁴⁴⁹.

Tehdidin, akdin geçerliliğini etkileyebilmesi için dört şartın birlikte mevcut olması gerekir. İlk olarak, hukuki işlemin diğer tarafından yahut üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilen bir tehdit eylemi mevcut olmalıdır. İkinci olarak, bu tehdit fiilinin, esaslı olması gerekir. Diğer bir ifade ile tehdit, kişinin kendisinin veya yakınlarının canlarına veya

⁴⁴⁶ KURU, C. II, s. 2403-2404; POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 204.

⁴⁴⁷ “Davacı, yönetiminde görevli bulunduğu kooperatifin işlerinde kullanılmak üzere imzaladığı boş kâğıtları, kooperatifin muhasip üyesine verdiğini, davalının bunları hileyle eline geçirip gizleyerek, bilahare borç senedi haline dönüştürdüğünü ileri sürmüştür. Davacının bu iddiasının, davalının haksız fiiline ilişkin bulunduğu, eş söyleyişle, boş kâğıdın hile yoluyla ele geçirildiğinin ileri sürülmekte olduğu açıktır. Hemen belirtilmelidir ki, davalı tarafından dayanılan ve kullanılan ifadelerden mahkemece de hükme esas alındığı anlaşılan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.5.1979 gün ve 1979/483 karar sayılı kararı ile aynı doğrultudaki diğer Daire ve Genel Kurul kararları, imzalı boş kâğıdın kendisine verildiği kişi tarafından anlaşmaya aykırı şekilde doldurulduğu iddiasının ileri sürüldüğü uyuşmazlıklara ilişkin olup, böyle bir kâğıdın başkası tarafından hukuka aykırı şekilde ele geçirilip doldurulduğunun iddia edildiği durumlarda, anılan kararlarda benimsenen ilkelerin uygulama yeri bulunmamaktadır. Somut olayda davacı, açıkça hile iddiasını ileri sürmüştür. İmzalı boş kâğıdın hile yoluyla ele geçirildiği iddiası, her türlü delille ve bu meyanda tanıkla ispat olunabilir. Esasen, doğası gereği hilenin yazılı delille kanıtlanması hukuken olanaklı da değildir. Hal böyle olunca, Mahkemece hile iddiası hakkında davacı tarafından gösterilen tanıkların dinlenmesi, varsa davalının bu yöne ilişkin karşı delillerinin de sorulup toplanması ve ortaya çıkacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle ve uyuşmazlığın hukuki nitelendirmesinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi usule ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir”. (Y. 13. HD. 1999/5372 E. 1999/6920 K. 12.10.1999 T. Kazancı otomasyonu)

⁴⁴⁸ OĞUZMAN / ÖZ, s. 97; EREN, s. 363; TUĞSAVUL, s. 777.

⁴⁴⁹ KILIÇOĞLU, s. 143; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 471.

mallarına karşı ağır ve derhal meydana gelebilecek nitelikte olmalıdır. Üçüncü olarak, tehdit eylemi hukuka aykırı olmalıdır. Yasal bir hakkın veya yetkinin kullanılacağına ifade edilmesi kural olarak sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Son olarak da, tehdit ile sözleşmenin kurulması arasında illiyet bağı mevcut olmalıdır⁴⁵⁰.

Tehdit nedeniyle bir hukuki işlemi yaptığını iddia eden taraf, bu iddiasını ve kendisine karşı ileri sürülen senedin (ve bu senede mündemiç hukuki işlemin) geçersizliğini şahitle ispat edebilir. Bu anlamda, kendisine karşı ileri sürülen senedin adi yahut resmi olması arasında bir fark yoktur⁴⁵¹. Ancak, hata ve hile de olduğu gibi şahit dinlenebilmesi için iddia edilen vakıaların tehdit niteliği iyice araştırılıp, verilecek karara göre şahit dinlenmelidir.

Tehdidin, şahitle ispat edilebilmesinin sebebi maddi imkânsızlıktır. Tehdit ve cebir, hukuk düzenin korumadığı, hukuka aykırı fiillerdir. Bu fiillerin, senede bağlanması ise mümkün değildir. Diğer taraftan tehdit, yukarıda belirttiğimiz gibi hukuki işlem değil, dar anlamı ile hukuki fiildir. Hukuki fiillerde, senetle (kesin delillerle) ispat kuralının kapsamında değildir. Ancak, tehdit nedeniyle şahit dinletilmek istenen her durumda, tehdit edildiğini iddia eden kişi, yukarıda saydığımız tehdit için gerekli olan tüm unsurları da ispat etmek zorundadır.

Belirtmek gerekir ki, tehdit her zaman hukuki işlemin kurulması aşamasında meydana gelmeyebilir. Hukuki işlemlerin yerine getirilmesi (ifası) sırasında da tehdit fiili meydana gelebilir. Örneğin bir sözleşmede, borçlu tarafından, alacaklıya karşı kullanılacak tehdit ve cebir vasıtasıyla borcun ödendiğine dair makbuz veya ibranamenin alınması mümkündür. Böyle bir durumun söz konusu olması halinde alacaklı taraf, bu iddiasını şahitle ispat edebilir. Aynı şekilde, hukuki işlemin (akdin) rızaen yerine getirilmesi de (ifası), hukuki işlemin veya işlemin bağlı olduğu senedin tehdit ile yapıldığının ileri sürülmesine engel olmaz⁴⁵². Bu

⁴⁵⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 472 vd; OĞUZMAN / ÖZ, s. 97 vd., TUĞSAVUL, s. 777; KILIÇOĞLU, s. 364 vd.

⁴⁵¹ TUĞSAVUL, s. 777. “...Bir ilişkinin bulunduğu sırada, yazılı belgeyle saptanmış olması, bu belge ister adi ister noter belgesi olsun, bir tehdit söz konusu ise bu yazılı belgeye karşı tehdidi ileri süren taraf iradenin özgürlüğünü bozucu bu olayı usul hukuku yönünden tanıkla ispatlayabilir. Mahkemece, 13.4.1972 günlü ara kararında; ilişkinin noter belgesiyle saptanmış olmasına dayanılarak tehdit iddiasının tanıkla ispatlanamayacağına benimsenmesi usule aykırıdır.” (Y. 4. HD. 10.05.1974-2723/2435, KAÇAK, s. 508.)

⁴⁵² Bu konuya ilişkin bir Yargıtay kararı şöyledir. “İkrahın mevcudiyeti tanıkla ispatlanabilir. Senette gösterilen borcun karşılığının rıza ile ödenmesi bu senedin cebir ve ikrahla düzenlendiği iddiasının ileri sürülmesini engel teşkil etmez. İkrah sonucu düzenlendiği bildirilen senede karşı icrada yapılan takipte itiraz edilmemiş olması

sebeple bir hukuki işlemi rızaen ifa etmiş kimse, bu hukuki işlemi veya bu işlemin bağlı olduğu senedin tehdit veya cebirle alındığını şahitle ispat ederek, ifadan kaynaklanan zararını geri isteyebilir.

3.3.2.2.4. Gabinin İspatı

Gabin, BK' nun 21. maddesinde şöyle düzenlenmiştir. “Bir akitte ivazlar arasında açık bir nispetsizlik bulunduğu takdirde, eğer mutazarrırının müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade suretiyle vukua getirilmiş ise, mutazarrır bir sene zarfında akdi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir.”

Doktrinde, BK' nun 21. maddesinden yola çıkarak gabinin biri objektif diğeri subjektif olmak üzere iki unsurunun mevcut olduğu belirtilmiştir. Objektif unsur, ivazlar arasında açık bir farkın bulunmasıdır. Bir başka deyişle, karşılıklı edimler arasındaki bariz değer farkıdır. Bu edimler arasındaki farkın değerlendirilmesi açısından kanunda açık bir düzenleme yoktur. Bu hususu hâkim; doktrinin, içtihatların ve gerekirse bilirkişinin yardımıyla kendisi takdir edecektir⁴⁵³.

Subjektif unsur ise, bir tarafın diğerk tarafta mevcut olan suistimale açık durumu kullanmasıdır⁴⁵⁴. Kanun bu durumu, müzayaka hali ve hiffetinden veya tecrübesizliğinden istifade etmek olarak açıklamıştır. Müzayakadan maksat, güç durumda olmak demektir. Bu güç durum, psikolojik olabileceği gibi iktisadi de olabilir⁴⁵⁵. Hiffet ise düşünmeden aceleyle karar vermek anlamındadır⁴⁵⁶. Bu husus, tam olarak temyiz kudretini kaldırmayan akıl zayıflığı olarak ifade edilmiştir⁴⁵⁷. Tecrübesizlik ise, akdi yapmak için yeterli özel bilgiye sahip olmamaktır. Eğer, akdin yapılmasından zarar gören taraf bu üç halden biri içinde ise ve diğerk taraf bu durumdan bilerek istifade etmişse, gabinin subjektif unsuru gerçekleşmiş sayılır⁴⁵⁸.

ikrahın bulunmadığı konusunda (ikrahın yokluğu) hakkında bir karine kabul edilemez.” (Y. 4. HD. 20.03.1953-1720/1286 bkz. KAÇAK, s. 508)

⁴⁵³ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 459 vd.

⁴⁵⁴ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 459 vd; OĞUZMAN / ÖZ, s.113 vd; EREN, s. 378.

⁴⁵⁵ OĞUZMAN / ÖZ, s. 114; KALKAN, Burcu; **Türk Hukukunda Gabin**, İstanbul 2004, s. 122.

⁴⁵⁶ KALKAN, s. 125-126

⁴⁵⁷ OĞUZMAN / ÖZ, s. 115.

⁴⁵⁸ OĞUZMAN / ÖZ, s. 114-115 “Davacının borcu nedeniyle, davalının aldığı ihtiyati haciz kararının yerine getirilmesi için evine gelindiği, borcu kabul ettiği ve vakit geç olduğundan ertesi gün ödenmek üzere borcu

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesi uyarınca, yazılı bir hukuki işleme karşı ileri sürülen gabin iddiaları şahitle ispat edilebilir. Hata, hile ve tehditte olduğu gibi gabin açısından da senet alınmasında maddi imkânsızlık vardır. Bu sebeple gabin iddiaları hakkında şahit dinlenebilir⁴⁵⁹.

3.3.2.3. Senetteki Sahteliğin İspatı

Çalışmamızın senet bölümünde kısaca değindiğimiz senetlere karşı ileri sürülen sahtelik iddialarını, resmi senetler ve adi senetler açısından ayrı ayrı incelememiz gerekir. Bu anlamda, ilk olarak adi senetler hakkındaki sahtelik iddialarını irdeledikten sonra resmi senetler hakkındaki sahtelik iddialarını incelemeye çalışacağız.

Adi senetler hakkındaki sahtelik iddiası, senet altındaki imzanın inkârı suretiyle ileri sürülebilir. Aleyhine senet ibraz edilen kişi, senet altındaki imzanın kendisine ait olmadığını, bu imzayı tanımadığını, kendisi aleyhine açılmış bir davada, hadise olarak ileri sürebileceği gibi (davayı hadise) henüz kendisi aleyhine açılmış bir dava söz konusu olmadan, kendisinin açacağı ayrı bir davada da senedin sahteliğini (davayı asliye) ileri sürebilir⁴⁶⁰.

Hâkim, gerek davayı asliye gerekse de davayı hadise şeklinde ileri sürülen sahtelik iddiası hakkında şahit dinleyebilir. Ancak, bu iddia hakkında şahit dinlenebilmesi için HUMK' un 308 ve devamı maddelerinde düzenlenen prosedürün tüketilmesi gerekir. Şahit bu prosedürün sonundadır ve hâkim ancak kanunda belirtilen yollarla bir kanaate ulaşamazsa şahit dinleyebilir. Kanunda belirtilen prosedüre uymamak bozmayı gerektirir⁴⁶¹.

karşılığı çek vermeyi önerdiği, alacaklının daha fazla tutarlı çek verilmediğinde haczin uygulanarak eşyaların götürüleceğini bildirmesi üzerine olayı yörenin duymaması ve itibarının zedelenmemesi için davacının 250.000 liralık çek daha verdiği ve çeklerin ertesi gün bankadan tahsil edildiğini saptamıştır. Bu halde, davalı davacının içinde bulunduğu maddi ve manevi zor duruma düşmesinden (müzayaka halinden) yararlanarak aşırı yarar sağlamış olmakla sözleşme geçersizdir. (Y. 13. HD. 1982/4652 E. 1982/6044 K. 19.10.1982 T. YKD Şubat 1984, s. 268)

⁴⁵⁹ “İvazlar arasında açık bir dengesizlik olduğunun kabulü gereken bu davada dinlenen tanıkların sözlerinden, davacının müzayaka halinde bulunduğu, köyü terk etme telaşı içerisinde olmasından anlaşıldığı ve aynı zamanda, makinelerin değerinden habersiz, yani tecrübesiz bulunduğu anlaşılmıştır. O halde, istek uyarınca hüküm verilmemiş olması BK m. 21. maddesine aykırıdır” (Y. 4. HD.03.12.1962-2070/12115, KAÇAK, s. 509).

⁴⁶⁰ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 399-400.

⁴⁶¹ “Usulün 309. maddesine göre öncelikle imza yönünden bilirkişi inceleme yapılması ve bilirkişi incelemesinin mümkün olmadığı hallerde tanık dinlenmesi gerekir. Senetteki imzanın davalıya ait olmadığı bilirkişi raporu ile

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 308. ve devamı maddelerinde düzenlenen prosedür, davayı asliye ve davayı hadise için aynıdır. Şöyle ki;

Hâkim öncelikle tarafları dinler ve tarafların açıklamaları ve gösterdikleri delillerle bir kanaate ulaşmaya çalışır. Bu şekilde senet hakkında kanaate ulaşırsa senedin kabul veya reddine karar verir. Ancak uygulamada ilk aşamada hâkimin karar verdiği çok nadir olarak görülmektedir⁴⁶².

Hâkim, tarafların açıklamaları ve delilleri ile yeterli bir kanaate ulaşamazsa, yeni bir duruşma günü belirleyerek, tarafları isticvap hükümlerine göre bu duruşmaya davet eder. Bu sebeple aleyhine senet ibraz edilmiş olan taraf, çağrıldığı bu duruşmaya gelmezse, senet altındaki imzayı ikrar etmiş sayılır. Taraflar, duruşmaya geldiği takdirde, hâkim tarafları dinler, taraflar karşılaştırmaya elverişli belgeleri sunarlar. Yazının veya imzanın inkâr edene ait olduğunu nasıl ispat edeceklerini belirtirler. Hâkim ayrıca bu oturumda imzayı inkâr eden tarafı istiktap (yazı yazdırır, imza attırır) eder (HUMK m.309). Eğer hâkim ilk bakışta, istiktap sonucu elde edilen yazı ve imza ile senetteki yazı ve imzayı karşılaştırarak bir sonuca ulaşabiliyorsa senet hakkındaki kararını verir⁴⁶³.

Hâkim, bu karşılaştırma neticesinde bir karara varamıyorsa veya imza kolayca taklit edilebilecek nitelikteyse, bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verir. Bilirkişi içinde izlenmesi gereken bir yol vardır. Bilirkişi, ilk olarak, imzayı inkâr edene ait olduğu kesin olan bir imza (medarı tatbik imza, uygulamaya elverişli imza) ile senetteki imzayı karşılaştırarak bir sonuca ulaşmaya çalışır (HUMK m.309). Uygulamaya elverişli imzaların neler olabileceği HUMK'un 309. maddesinde tahdidi olarak sayılmıştır. Buna göre; tarafların, inkâr eden tarafça imzalandığı konusunda ittifak halinde oldukları belgeler, resmi senetler, memuriyet gereği imzalanan belgeler ve mahkeme huzurunda imzalan belgeler uygulamaya elverişli belgeler olarak kabul edilmiştir⁴⁶⁴. Uygulamaya elverişli yazı veya imza bulunamazsa,

sabit olduğuna göre senedin doğruluğunun tanıkla ispatı mümkün değildir.” (Y. 13. HD. 26.11.1980- 5028/6214, KAÇAK, s. 563).

⁴⁶² PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 443.

⁴⁶³ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 443.

⁴⁶⁴ Yargıtay tapu ve noterdeki, evlenme defterindeki ve ticaret sicilindeki imzaları uygulamaya elverişli imzalar olarak kabul etmiştir. (Y. HGK. 06.01.1968-321/1; Y. İİD. 18.06.1962-6678; Y. HGK 25.03.1964-56/233 kararlar için bkz. KAÇAK, s. 561-562). Buna karşılık, duruşma davetiyesindeki ve maaş bordrosundaki imzaları uygulamaya elverişli imzalar olarak kabul etmemiştir. (Y. İİD. 09.03.1956-1359/1389; Y. İİD. 24.02.1956-1052/1006).

bilirkişi mahkeme vasıtasıyla, imzayı inkâr eden istiktap eder ve alınan imza ve yazıyı, senetteki imza ile karşılaştırır. Sonuca göre raporunu hazırlayıp mahkemeye sunar⁴⁶⁵. Hâkim bu raporla ulaştığı kanaate göre senedin kabulüne veya reddine karar verebilir.

Hâkim, yukarıda izah etmeye çalıştığımız bütün yolları denedikten sonra bir kanaate ulaşamazsa, senedin sahteliği hakkında şahit dinleyebilir⁴⁶⁶. Ancak bu durumda, hâkimin çok dikkatli davranması gerekir. Sahteliği iddia edilen senet üzerine yazının yazıldığını veya imzanın atıldığını gören kişileri dinlemeli, gerekirse, çelişkili ifadeleri yüzleştirme yoluyla bertaraf etmelidir. Hâkim, şahitleri dinledikten sonra kendisinde hâsıl olan kanaate göre senedin kabulüne veya reddine karar verebilir. Senedin kabulü halinde, uyuşmazlık konusu senet kesin delil teşkil eder. Aksi halde, ihtilafli senet yok sayılır ve delil olarak değerlendirilmez⁴⁶⁷.

Resmi senetlerin sahteliği ise, senedin düzenleyen kişinin (memur veya noterin) tamamen sahte bir senet düzenlemesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi senede gerçeğe aykırı farklı beyanların veya kayıtların işlenmesi şeklinde de ortaya çıkabilir⁴⁶⁸. Bu anlamda,

⁴⁶⁵ Bilirkişi içinde belirlenen bu usule uymama bozma nedenidir. “HUMK’un 309. maddesi gereğince bilirkişi vasıtasıyla imza incelemesine gerek görülmesi halinde, mahkemece önce iki tarafın ittifak ettikleri her nevi evrak ile resmi belgelerden olan yazıların araştırılıp bunların tatbikatta esas tutulması gerekir. Bu nedenle, öncelikle dava konusu borç senetlerinin tanziminden evvel, davacı borçlunun imzası bulunan resmi veya özel belgeler olup olmadığı taraflardan sorulmak ve varsa bunlar celp edilmelidir. Şayet bunlar yoksa o takdirde borç senetlerinin düzenlendiği tarihten sonra davacı borçlunun resmi ve özel bir belgede imzası varsa, o belgedeki imzalar esas alınmalıdır. Şayet borçlunun bu şekilde bir imzası bulunmadığı veya bulunup da kâfi derecede incelemeye esas tutulmadığı takdirde, bilirkişi tarafından tertip olunacak ibarelerle imzasını inkâr eden borçluya yazı yazdırılarak bunların imza incelemesine esas alınması gerekir. Mahkemece sıraya uyulmadan sadece davacı borçluya mahkeme huzurunda atırılan imzaların incelenmeye esas alınması ve bu inceleme sonucunda borç senedindeki imzanın davacıya ait olmadığı yolundaki bilirkişi raporuna dayanılarak davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup..” (Y. HGK. 01.12.1993-13-545/750, KAÇAK, s. 562).

⁴⁶⁶ Hâkimin, kanunda belirtilen usulü takip etmeden doğrudan şahit dinlemesi bozma nedenidir. “... Davalının imzaları ardında istikrarlı bir uygunluk bulunmadığı belirtildiği halde kesin benzerlerinin mevcut olmamasına rağmen, özellikle bilirkişi incelemesi yaptırılmadan HUMK’ un 309. maddesi hükümleri uygulanmadan tanık dinlenerek sonuca gidilmiş olması doğru görülmemiştir. (Y. 11. HD. 15.02.1991-891/930, KAÇAK, s. 562).

⁴⁶⁷ KURU / ARSLAN / YILMAZ s. 399.

⁴⁶⁸ KURU / ARSLAN / YILMAZ s. 407; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 441. Sahtelik iddiası çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin, senedi aleyhine ibraz edilen kişi, böyle bir belge için resmi memur önüne gitmediğini veya senette, içeriğin kendisine okunduğu yazılı olmasına rağmen, senet metninin kendisine okumadan imza ettirildiğini ileri sürerek resmi senedin sahteliğini iddia edebilir.

düzenleme şeklindeki resmi senetlerle, onaylama şeklindeki resmi senetleri, sahtelik iddiasının içeriği bakımından ayrı ayrı incelemek gerekir.

Düzenleme şeklindeki resmi senetlerde, senedin içeriğine karşı sahtelik iddiası ileri sürülebileceği gibi senet üzerindeki tarih veya imzaya karşı da sahtelik iddiasında bulunulabilir⁴⁶⁹. Onaylama şeklindeki resmi senetlerde ise sahtelik iddiası, sadece senet üzerindeki imza ve tarihe ilişkin olabilir. Çünkü onaylama şeklindeki resmi senetlerde, memur yahut noter senedin içeriği ile ilgilenmez. Noterin veya memurun görevi sadece imzayı ve tarihi tasdikten ibarettir⁴⁷⁰.

Resmi senetlerde sahtelik iddiası, senedi ibraz eden tarafla birlikte, senedi düzenleyen veya onaylanan resmi memura (notere) karşı açılır. Bu iddia da davayı hadise veya davayı asliye olarak ileri sürülebilir. Her iki halde de resmi senetlerdeki imza ve tarih hakkındaki sahtelik iddiası, adi senetlerin imza incelenmesi usulüne tabidir (HUMK 317). Ayrıca, bu tür iddialar, noterin gerçekleştirdiği haksız fiil niteliğinde eylemler olduğu için imza ve tarihin inkârı için doğrudan şahit dinlenebilir⁴⁷¹.

Sahtelik iddiası, imza ve tarih ile değil de, resmi senedin içeriği ile ilgiliyse, iddia sahibi iddiasını şahitle ispatlayabilir. Örneğin, noterde düzenlenen senette, belge içeriğinin taraflara okunduğu belirtilmesine rağmen, belge içeriği taraflara okunmamışsa, belgenin içeriğinin okunmadığı iddiası hakkında doğrudan şahit dinlenebilir. Bu tür eylemler (iddialar), noterin veya resmi memurun haksız fiil niteliğindeki eylemleridir ve nitelikleri gereği senede bağlanmaları mümkün değildir (HUMK m.293/2)⁴⁷².

Mahkeme yaptığı inceleme sonucunda, resmi senedin sahte olduğuna kanaat getirirse senedin iptaline karar verir. Bu karar, özet olarak senet üzerine yazılır başka bir deyişle senet üzerine iptal şerhi işlenir (HUMK m.318). Eğer mahkeme, sahtelik iddiasını reddederse, hâkim HUMK' un 319. maddesi uyarınca sahtelik iddiasında bulunan tarafı, para cezasına

⁴⁶⁹ ÖZBEK, Mustafa Serdar; **Noter Senetlerinde Sahtelik**, Ankara 2009, s. 58 vd.

⁴⁷⁰ ÖZBEK, s. 67.

⁴⁷¹ KURU / ARSLAN / YILMAZ s. 408.

⁴⁷² “Noterce resen düzenlenmiş bir senede karşı memur huzurunda işlemin gerçek niteliği hakkında açıklama yapılmadığı yani senedin noterce yazdırılmasından ilgililere okunmuş olmadığı iddiası sahtelik iddiasıdır. Bu iddia tanımla ispat olunabilir”. (Y. HGK 1961/1-86 E.1961/10 K. 08.02.1961 T, EROL, s. 115). Aynı görüşte; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 408.

mahkûm eder. Ayrıca hâkim, talep üzerine karşı tarafın uğradığı maddi ve manevi zararı karşılamak üzere uygun bir tazminata hükmedebilir (HUMK m.319).

3.2.3.4. Zilyetlik İddialarının İspatı

Eşya hukukunun en karışık müesseselerinden biri olan zilyetliğe, konumuzla bağlantılı olarak kısaca değineceğiz. Zilyetlik en basit ifadeyle, bir eşya üzerindeki fiili hâkimiyettir⁴⁷³. MK' un 973. maddesi bu hususu şu şekilde açıklamıştır. “Bir şey üzerinde fiili hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedir. Bu anlamda, fiili hâkimiyet, gerçek kişi tarafından sağlanabileceği gibi bir tüzel kişi tarafından da sağlanabilir. Tüzel kişilerin zilyetliği organları tarafından gerçekleştirilir⁴⁷⁴.”

Doktrinde, zilyet olabilmek için fiili hâkimiyetin yanında zilyetlik iradesinin de var olması gerektiği belirtilmektedir⁴⁷⁵. Ayrıca tartışmalı olmakla beraber, bazı yazarlarca eşyadan ekonomik menfaat sağlamanın da zilyetliğin bir unsuru olduğu kabul edilmektedir⁴⁷⁶.

Konumuz bakımından zilyetliğin hukuki niteliğinin belirlenmesi önem arz eder. Bu konuda iki temel görüş mevcuttur. Birinci görüşe göre zilyetlik bir hak hatta aynı bir haktır. Yargıtay bir İçtihadı Birleştirme Kararı'nda bu görüşü şu şekilde gerekçelendirmiştir. “Zilyedin eşya üzerinde maddi veya hukuki mutlak tasarruf hakkına haiz olması ve şeyi herkese karşı koruma yetkisi zilyetliğin aynı bir hak olmasının vasıf ve icaplarıdır. Medeni Kanunumuzun (Eski) aynı haklar başlıklı dördüncü kitabının üçüncü kısmında zilyetliğe dair olan hükümleri toplamış olması da zilyetliğin aynı haklardan saydığının diğer suretle bir açıklaması olur⁴⁷⁷”. İkinci ve baskın görüşe göre ise zilyetlik kendisine hukuki sonuç bağlanmış fiili bir durumdur. Zilyetlik mülkiyet olmadığı gibi bir hak da değildir. Bu anlamda zilyetlik, eşya üzerindeki haktan ayrı fiili egemenliktir. Diğer bir ifade ile eşyayı elde

⁴⁷³ ERTAŞ, Şeref; **Eşya Hukuku**, 4. Bası, Ankara 2002, s. 30.

⁴⁷⁴ REİSOĞLU, Safa; **Türk Eşya Hukuku C.1 Giriş-Zilyetlik-Tapu Sicili ve Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu-Tapulama Kanunu**, Ankara 1977, s. 22.

⁴⁷⁵ SEROZAN, Rona; **Taşınır Eşya Hukuku**, İstanbul 2002, s. 94-95; ERTAŞ, s. 31; OZANALP, Nusret; **Tapulama Kanunu Şerhi**, Ankara 1971, s. 128.

⁴⁷⁶ ERTAŞ, s. 31.

⁴⁷⁷ 09.10.1946 12 sayılı İçtihadı birleştirme kararı RG. 20/6/1947 S. 6637 naklen REİSOĞLU (Zilyetlik), s. 24. Aynı görüşte; OZANALP, s. 129.

tutmaktır⁴⁷⁸. Bu ayrımın önemi zilyetliğin ve zilyetliğin devrinin ispatı konusunda karşımıza çıkmaktadır.

Postacıoğlu ve Kuru, baskın görüşe uygun olarak, zilyetlik durumunun yalnız başına hukuki bir fiil olduğunu, bu sebeple de zilyetliğin ispatı için şahit dinlenebileceğini belirtmişlerdir⁴⁷⁹.

Tapusuz gayrimenkuller üzerindeki zilyetliğin şahitle ispat edilebilmesine Kadastro Kanunu’da cevaz vermiştir. Bu kanunun 14. maddesi uyarınca “tapuda kayıtlı olmayan ve aynı çalışma alanı içinde bulunan ve toplam yüzölçümü sulu toprakta 40, kuru toprakta 100 dönüme kadar olan (40. ve 100. dönüm dâhil) bir veya birden fazla taşınmaz mal çekişmesiz ve aralıksız en az yirmi yıldan beri malik sıfatıyla zilyetliğini belgelerle veya bilirkişi veyahut tanık beyanlarıyla ispat eden zilyedi adına tespit edilir”. Ancak yüzölçümü, 14/1. madde de belirtilen sınırdan fazla olan taşınmazların, fazlalık kısımları için zilyetlik iddiası ancak maddenin son fıkrasında belirtilen belgelerle ispatlanabilir (Kadastro Kanunu m.14/4).

Zilyetliğin tespitinin şahitle ispat edilebileceğini belirttikten sonra zilyetliğin devrinin, hangi delillerle ispatlanabileceğini incelemeye geçebiliriz. Kuru, özellikle tapusuz taşınmazların zilyetliğinin devrini, hukuki işlem olarak nitelendirmekte, bu sebeple de bu hususun senetle ispat edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁴⁸⁰. Bu noktada şu soru sorulabilir; Acaba zilyetliğin devri, bir hukuki işlem olarak kabul edilse bile, senetle ispat kuralını düzenleyen HUMK’ un 288. maddesinin kapsamına girer mi? HUMK’ un 288. maddesi, bir “hakkın” doğumu, düşürülmesi devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemleri düzenlemektedir. Hâlbuki baskın görüşe göre zilyetlik bir hak değil fiili hâkimiyettir. Hemen belirtelim ki, bu durumda zilyetliğin devrini düzenleyen

⁴⁷⁸ SEROZAN, s. 90, 99; REİSOĞLU (Zilyetlik), s. 25; ERTAŞ, s. 35.

⁴⁷⁹ POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 40, 194; KURU, C. II, s. 2324. “Usul Kanunda hangi maksatla bilirkişinin bilgisine başvurulacağı açıklanmıştır. Bunun dışında tanık sözleri ile tespiti gereken bir yön için tanık dinlemeden bilirkişinin bilgisi ile yetinilemez. Benimsenen usul ve kanuna uygulamaya göre zilyetliğin ilk önce tanık sözleriyle ispatı şarttır”(Y. HGK. 1964/113 E. 1964/145 K. 19.02.1964 T. EROL, s. 73)

⁴⁸⁰ KURU, C. II, s. 2324. Aynı görüşte POSTACIOĞLU (Şehadet), s. 59. Yazar’a göre zilyetliğin devri için keşif deliline de başvurulabilir. Yazar, bu görüşünü şu şekilde açıklamıştır. “Yalnız zilyetliğin devri ihtilafın doğduğu tarihte dahi hâkimin müşahadesi ile keşfen ispat edilebilir vaziyette ise, bu delil şekline müracaat caiz bulunacaktır. Zira usulü vechile bizzat hâkimin hissine düşen bir durum hâkim önündeki ikrara muadil bulunmaktadır. Binaenaleyh, bu fikre taban gayrimenkulün davalıya teslimi iddiası keşfen ispat edilebilecektir. Age, s. 59

hukuki işlemde (sözleşmede) edimin konusunu, zilyetlik değil zilyetliğin devrini talep etme hakkı oluşturacaktır. Bu sebeple de, zilyetliğin devri için gerçekleşen hukuki işlem HUMK' un 288. maddesinin kapsamına girer ve ancak kesin delillerle ispat edilebilir. Buna mukabil Yargıtay, aksi yönde zilyetliğin devrinin herhangi bir şekilde bağlı olmadığından bahisle, bu tür iddiaların her türlü delille ispatına izin vermektedir⁴⁸¹.

⁴⁸¹ Müdahalenin önlenmesi davası konusu taşınmazın tapuda kaydı olmadığı hususunda bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Davalı taraf, işbu taşınmazı haricen satın aldığı yolunda savunmada bulunmuştur. Tapuda kaydı olmayan taşınmazlarda zilyetliğin devri özel bir şekilde bağlı değildir. Bu kabil iddianın her türlü delille ispatı mümkün bulunmakla taraflardan iddia ve savunmaları imkânı dâhilinde delil istemek, gösterecekleri delilleri toplamak, şahitler dinlenmek ve sonucuna göre bir karar verilmek gerekir. (8. HD. 1974/6130 E. 1974/507 K. 04.021974 T. KURU, C. II, s. 2212).

SONUÇ

İddia edilen bir hakkın nasıl ve hangi vasıtalarla ispat edilebileceği hakkın yerine getirilmesi açısından son derece önemlidir. Maddi hukuk tarafından varlığı kabul edilen ancak taraflar arasında ihtilafı olan bir hak ispat edilememesi halinde, icra da edilemeyecek dolayısıyla sahibinin beklediği menfaati sağlayamayacaktır. HUMK, hukuki işlemler için kesin (kanuni) delil sistemini öngörerek, ispat rejimini hukuki işlemler için daha güvenilir ve objektif esaslara bağlamaya çalışmış, bu anlamda maddi hukuktan doğan hakkın daha kesin bir şekilde tespit edilebileceğini öngörmüştür. Ancak, bu sistemin, hakkın tespiti açısından diğer bir ifade ile maddi gerçekliğe ulaşmak açısından sakıncaları da yok değildir. Katı bir ispat sisteminin benimsenmesi, bazı durumlarda var olan gerçeğin görülmesine engel olabilir. Bunu göz ardı etmeyen HUMK, taraflar arasındaki hukuki işlemin senede bağlanmasında maddi veya manevi imkânsızlığın bulunduğu hallerde şahitle (takdiri delillerle) ispata izin vermiştir. Bu anlamda HUMK, yazılı delil başlangıcının veya taraflarca düzenlenen bir delil sözleşmesinin mevcudiyeti halinde, Kanunda belirtilen bazı akrabalar arasında yapılan hukuki işlemlerde, senet alınmasının ağır fiziki koşullar sebebiyle imkânsız olması halinde, senede bağlanmama noktasında halk arasında uzun sürelerdir uygulanan ve inanılmış bir teamülün bulunması halinde, senedin kaybolması halinde ve son olarak da sözleşme aleyhine ileri sürülen hata, hile, tehdit ve gabin iddiaları hakkında şahitle ispata izin vermiştir.

Belirttiğimiz üzere kesin (kanuni) delil sistemi hukuki işlemler için öngörülmüş, buna karşılık haksız fiiller, sahtelik ve zilyetlik iddiaları gibi hukuki fiiller ve olaylar için serbest delil sistemi kabul edilmiştir. Bu anlamda, HUMK'un çok katı olmayan karma bir ispat usulü benimsediği söylenebilir. Ancak, bu karma yapı içerisinde, kesin delil sisteminin bu haliyle de çok katı olduğunu ve maddi gerçeğe ulaşmaya engel olduğunu savunan akademisyenlerin sayısı da azımsanmayacak kadar çoktur. Bu düşünceye göre her türlü iddianın bütün delillerle (genel serbest delil sistemi) ispat edilmesine izin verilerek maddi gerçeğe ulaşmak daha kolay olacaktır. Senetle ispat kurallarının sakıncaları düşünüldüğüne böyle bir sistemin kabulü makul gözükebilir. Buna karşılık, özellikle ülkemizin adalet sisteminin içinde bulunduğu durum göz önünde bulundurulduğu takdirde, böyle bir sisteminde bir takım sakıncalı sonuçlar doğuracağı şüphesizdir. En başta mahkemelerin ağır iş yükü altında çalışmalarını, genel serbest delil sistemi için gerekli olan uzun muhakeme ve değerlendirme süreci için elverişli değildir. Örneğin, şahit ifadelerinin yeterli bir şekilde değerlendirilebilmesi, dosyanın iyi bir şekilde tetkik edilerek uygun sorular hazırlanması, çelişkili ifadelerin ayrıntılı olarak şahide açıklattırılabilmesi ve gerçeğe ulaşılabilmesi için hâkimin uzun sürelerle ihtiyacı vardır.

Ayrıca, delilleri takdir edecek hâkimlerin çok genç yaşlarda mesleğe atanmaları, bu anlamda, delilleri değerlendirebilecek yeterli tecrübe ve bilgiye sahip olmadan meslekte ilerlemeleri, serbest delil sisteminin kabulü halinde bir takım sakıncalı sonuçlar doğurabilecektir. Bu anlamda, hâkimlik mesleğine giriş şartlarının değiştirilmesi, tecrübeli hâkimlerin yanında uzun sürelere dayalı stajların öngörülmesi, genel serbest delil sistemi için daha uygun bir yapı oluşturabilecektir.

Yukarıda izah ettiğimiz sebeplerle, hukuki işlemleri de kapsayacak genel serbest delil sistemi için ülkemizin henüz hazır olmadığı söylenebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda da, uzun yıllardır uygulanan ispat sisteminin değiştirilmesindeki sakıncalar ve yürürlükteki sistemin uygulanmasında herhangi bir şikâyetin bulunmaması göz önünde bulundurularak mevcut ispat sistemi aynen korunmuştur⁴⁸².

⁴⁸² T.C Adalet Bakanlığı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Ankara Mayıs – 2008, s. 139.

KAYNAKÇA

- AKCAN, Recep, Medeni Usul Hukuku Açısından Faks Metinlerinin Önemi ve Delil Niteliği, SÜHFD, C. 9, S. 1-2, Y. 2001.
- Alangoya, H. Yavuz, “Senede Karşı Senetle İspat Kuralı” ve “Hayatın Olağan Akışı” Kavramı, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004.
- Alangoya, H. Yavuz / Yıldırım, Kamil / Yıldırım, Nevhis Deren, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Bası, İstanbul 2009.
- Atalay, Oğuz, Delil Kavramı Üzerine, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.1, Ankara 2009 (Delil).
- Atalay, Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001 (Menfi).
- Atalı, Murat, Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında Dava Dışında Edindiği (Şahsi) Bilgisini Kullanması, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.1, Ankara 2009.
- Aybay, Aydın, Tanıkla Evlat Edinme Yasağı Bakımından Evlat Edinme İlişigi, ABD, Y. 1963, S. 5.
- Aygün, Mustafa Y, YD, C.3, Temmuz-Ekim S. 3-4.
- Battal, Ahmet, Bankacılık İşlemlerinde İspat Usulü ve Delil Sözleşmeleri, BATİDER, 1997, C. XIX, S. 21.
- Belgesay, Mustafa Reşit, Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller, İstanbul 1940 (Deliller).
- Belgesay, Mustafa Reşit, Mühürlü Senetlerin İspat Kuvveti, İÜHFM, C. V, İstanbul 1939 (Mühürlü Senetler).
- Belgesay, Mustafa Reşit, Yazılı Deliller, Adliye Cedidesi (Adalet Dergisi), Y.34 1943 (Yazılı Deliller).
- Berkin, Necmeddin M, Hukuk Yargılama Usulünde Delillerin Takdirine İlişkin Sorunlar, İTİD, İstanbul 1975, S. 2 (Delillerin Takdiri).
- Berkin, Necmeddin M, Senetle İspata İmkan Bırakmayan Mücbir Sebep ve Fevkaledede Haller, İÜHFM, C. XXXV, S. 1-4, İstanbul 1970 (Mücbir Sebep).
- Berkin, Necmeddin M, Senetle İspat Mecburiyeti ve Kaidenin İstisnaları, İÜHFM 1950, C. XVI, S. 3-4 (Senetle İspat).
- Berkin, Necmeddin M, Usul Hukukunda Senetler ve Senetlerin İspat Kuvveti, İstanbul 1948 (Senet).
- Bilge, Necip / Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.

- Duman, İlker Hasan, Tanıklık, AD, Y. 1975, S .4 Temmuz-Ağustos 1984.
- Erdemir, İter, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi-Şerh-Kararlar-İlgili Mevzuat C. 2, 2. Basım, Ankara 1998
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008.
- Ergül, Teoman, Şahit ve Şahitlik, AD. Y. 55 Eylül-Aralık 1964, S. 9-12.
- Erol, Nevzat, Hukukta Deliller ve İkameleri, 1930-1969 Usule Ait İctihadı Birleştirme Kararları, Ankara 1969.
- Ertekin, Erol / Karataş, İzzet, Uygulamada Ticari Senetler, 2. Baskı, Ankara 1996.
- Ertanhan, Mesut, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005.
- Ertaş, Şeref, Eşya Hukuku, 4. Bası, Ankara 2002.
- Erturgut, Mine, Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2004.
- Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996.
- Gökyayla, K. Emre, Telefaks Metinleriyle İspat, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel'e Armağan, İzmir 2001.
- Gürdoğan, Burhan, Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk, AÜSBFD, C. XI Eylül 1956, S. 3, s. 277.
- Kaçak, Nazif, Açıklamalı-İctihatlı Hukuk Davalarında İspat Rehberi, Ankara 2006.
- Kalkan, Burcu, Türk Hukukunda Gabin, İstanbul 2004.
- Kanık, Tahir, Muvazaa ve İspatı, AD. Y. 43, Mayıs 1952, S. 5.
- Karslı, Abdurrahim, Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul 2001.
- Kaşıkcı, Mehmet, Meraya ilişkin Uyuşmazlıklarda Yabancı Köyden Tanık Dinlenmesi Üzerine Düşünceler, YD, C. 24, Ekim 1998, S. 4.
- Kiper, Osman, Hukuk Davalarında Kanıtlar, Ankara 1995.
- Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005.
- Klemens Pleyer, Alman Hukuk Usulünde Ses Alma Cihazları İle Tespit Edilen Seslerin İspat Vasıtası Olarak Kullanılması Çev. Baki, Kuru, AÜHFD Y.1959 C. 16 S. 1.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2008.

Konuralp, Haluk, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Tıpkıbasım, Ankara 2009 (İspat Kuralları).

Konuralp, Haluk, Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı Tıpkıbasım, Ankara 2009 (Yazılı Delil Başlangıcı).

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Bası, C. II, İstanbul 2001.

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Bası, C. III, İstanbul 2001.

Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 20. Bası, Ankara 2009.

Kürşat, Zekeriya, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul 2003.

Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2008.

Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.

Ozanalp, Nusret, Tapulama Kanunu Şerhi, Ankara 1971.

Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979.

Özbek, Mustafa Serdar, Noter Senetlerinde Sahtelik, Ankara 2009.

Özdemir, Erdem, İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006.

Özmen, A. Saba, Telefaks Cihazları (Faksmilie) İle Gönderilen İrade Beyanlarının Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Sonuçları, ABD, 1990, S. 1, s. 82.

Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 7. Bası, Ankara 2008.

Pekcanitez, Hakan / Korkmaz, Hülya Taş / Meriç, Nedim, İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2007.

Pekcanitez, Hakan / Özekes, Muhammet / Akkan, Mine, Medeni Usul Hukuku Pratik Çalışmalar, 9. Bası, Ankara 2009.

Pekcanitez, Hakan, Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992.

Postacıoğlu, İlhan E, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975 (Usul).

Postacıoğlu, İlhan E, Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, 2. Bası, İstanbul 1964 (Şehadet).

Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008 (Borçlar).

Reisoğlu, Safa, Türk Eşya Hukuku C.1 Giriş-Zilyetlik-Tapu Sicili ve Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu-Tapulama Kanunu, Ankara 1977 (Zilyetlik).

Serozan, Rona, Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2002.

Sivrihisarlı, Ömer, Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul 1978.

Soner, Lütfü Fikri, Senetle İspat Zorunluluğu, Delil Sözleşmesi ve Tanık Dinletilmesi, ABD, Y. 1975, Mayıs-Haziran S. 3.

Tandoğan, Haluk, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, İstanbul 1957.

Tanrıver, Süha, Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi, TBBD, 2006, S. 65.

TANRIVER, Süha, Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu, TBBD, 1993/2 (İkrar).

Taşpınar, Sema, Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, AÜHFD, Y. 1996, C. 45, S. 1 (Fiili Karineler).

Taşpınar, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001 (İspat Sözleşmeleri).

Kiraz, Taylan Özgür, Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara 2005.

Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

Tercan, Erdal, Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması), Ankara 2001.

Tiftik, Mustafa, Yazılı Delil Başlangıcı, AD, Y.75, 1984 Mart-Nisan, S. 2.

Tuğsavul, Muhsin, Takdiri Deliller, AD, Y. 43 Mayıs 1952, S. 5.

Tuğsavul, Muhsin, Takdiri Deliller, AD, Y. 43 Haziran 1952, S. 6.

Tüzün, Nejat, Yemin ve Şehadet, ABD, Y. 1962/2, S. 68.

Umar, Bilge / Yılmaz, Ejder, İsbat Yükü, İstanbul 1980.

Uyar, Talih, Yargıtay Kararlarında İspat Yükü (MK m.6), Av. Dr. Faruk Erem'e Armağan, TBB Yayını 1999.

Ücran, Gülümnden, Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Senetle İspat, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004.

Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku 7. Bası C. I-II, İstanbul 2000.

Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2007.

Yavuz, Nihat, Yazılı Delil Başlangıcı, AD, Y. 68, 1977 Mayıs-Haziran-Temmuz-Ağustos, S. 3-4

Yıldırım, Kamil, Bilirkişi Delilin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu, 75. Yaş Günü İçin Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004 (Bilirkişi).

Yıldırım, Kamil, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Taslağında İspat Hukuku ve Özellikle İspat Hakkı, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006 (İspat Hakkı).

Yıldırım, Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990 (Delillerin Değerlendirilmesi).

Yıldırım, Kamil, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller, Erdoğan Teziç'e Armağan, İstanbul 2007 (İspat Yasakları).

Yıldırım, Kamil, Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2002 (Senetle İspat).

Yılmaz, Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Yemin, Ankara 1989.

Yüksel, Armağan Ebru Bozkurt, İspat Hukuku Bakımından Kambiyo Senetleri, BATİDER 2008, C. XXIV, S. 33.

T.C Adalet Bakanlığı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Ankara Mayıs – 2008.

www.tdk.gov.tr (07.05.2010)

Kazancı Otomasyonu

ÖZGEÇMİŞ

Arş. Gör. Fatih ZORA

ADRES : Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Kampüs ANTALYA

DOĞUM YERİ ve TARİHİ : UŞAK, 31.05.1981

TELEFON : 0 532 292 46 96

E-POSTA : fatihzora@akdeniz.edu.tr

EĞİTİM

Akdeniz Üniversitesi S.B.E. Özel Hukuk Anabilim Dalı	Yüksek Lisans	2007 - 2010
BBSI – Bournemouth, England (International Law and Business Skills)	Dil Eğitimi	2006
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Lisans	1999 - 2003
Yamanlar Anadolu Lisesi	Lise	1996 - 1999

İŞ DENEYİMİ

Araştırma Görevlisi , Akdeniz Üniversitesi S.B.E. Özel Hukuk Anabilim Dalı	2009 – 2010
Serbest Avukatlık , İzmir Barosu	2007 - 2009
Stajyer Avukat , Akıncı Avukatlık Bürosu, İstanbul	2004 - 2005

AKADEMİK ETKİNLİKLER

Hukuk Araştırmaları Kulübü Akademik Danışmanlığı	2009 - 2010
--	--------------------