

## MAHKEME İÇTİHATLARI BAKIMINDAN İKRARIN TECEZZİSİ MESELESİ

Doçent Dr. İlhan E. POSTACIOĞLU

— Sayın Üstat Ord. Prof. Ebulûlâ Mardin'e —

### I

Hukuk usulü muhakemelerine taallûk etmek üzere Türk hukuk edebiyatında şimdi tetkik edeceğimiz mesele kadar münakaşayı davet etmiş bir ikinci bahis göstermek, öyle sanıyoruz ki, pek kolay değildir. Esasen bu ehemmiyet yalnız memleketimize münhasır kalmıyor. Fransada da bu mesele üzerinde ittifak kabil olamamış, gerek doktrinde ve gerek mahkeme içtihatlarında muhtelif ve bazan birbirine zıt görüşlerin yer aldığı müşahede edilmiştir. Bizde bir yandan muhterem hocamız Ord. Prof. M. Reşit Belgesay gerek Usul Mahkemeleri Kanunu şerhinde ve gerek Deliller isimli eserinde, Prof. Sabri Şakir Ansay Kısaltılmış Hukuk Usulü Muhakemeleri kitabında, diğer yandan Yargıtayın seçkin reisleri Kâzım Berker, Himmet Berkî ve Şemseddin Temizer neşreylemiş oldukları muhtelif makalelerde hakikaten değerli ve bizim için pek ziyade istifadeli olan noktai nazarlarını belirtmişlerdir [1].

Fakat Yargıtayın konu üzerindeki içtihadı bilhassa son seneler zarfında inkişaf göstermiş olduğundan mecmua ve kitaplara aksetmiş olan münakaşa ve görüşler meselemizi bizzarure bütün genişliğile ihata edememişlerdir. Onun için, bir bakımdan eskimiş olan bu mevzuda bir dereceye kadar yeni imkânlarla karşılaşmamız büyük bir ihtimal dahilindedir.

Bundan dolaydır ki, biz esas itibarile burada doktrinin münakaşasına girişecek değiliz. Başlıca maksadımız, Yargıtayın bu mevzu üzerinde

[1] *Berker*, Adliye Ceridesi 1938 - V - 587; *Berkî*, Ad. ceridesi 1937 - I - 5; *Temizer*, Hukuki Bilgiler 1938 sah. 5793; bu mevzuda Türk bibliyografisini tamamlamak için *Amato Sevilen*, İzmir Barosu mecmuası 1936 sah. 76 ve *Haydar Özkent* Hukuki Bilgiler 1938 sah. 5918 ve nihayet bu yazımızı hazırladıktan sonra gördüğümüz *Suat Bertan*'ın bilhassa meseleyi vaz bakımından sayanı dikkat olan *Adalet Dergisindeki* yazısı (Nisan 1946).

vermiş olduğu kararları bir sistem şeklinde ifadeye çalışmaktır. Şüphesiz, Yüksek Mahkememizin kararları mahdut sayıda basıldığı için yapacağımız bu ameliyeye mutlak bir kıymet izafe etmek doğru değildir. Ancak bu vaziyet bu tarzda sistemleştirme teşebbüslerinden bizi alıkoymaması lâzımdır. Filhakika Yargıtayca münferit ve birbirinden farklı hâdiseler dolayısıyla ittihaz edilmiş olan bu hal suretlerinin müşterek bir düşünceye irca olunabileceği görülmektedir. İlim, söylenildiği gibi, hususiden umumiye geçmek olduğuna göre, bu hususî vaziyetlerin dayanmakta olduğu rasyonel mesnetleri nazarı itibare alarak buna mümasil halleri izah edecek daha umumî formülleri vazetmeğe hakkımız vardır sanıyoruz.

Muhtemel itirazları cevaplandırmış olmak için, sırası gelmişken şunu kaydedelim ki, mahkeme içtihatları umumiyetle iki nevi ameliyeye tâbi tutulabilir. Ya bizzat bu içtihatların doğrudan doğruya ifade etmiş oldukları mucip sebepler gözönünde tutularak tasnifler ve sentezler yapılabilir. Bu takdirde doktrinin vazifesi esasen bir sistem halinde ifadesini bulmuş bir içtihadı tespit etmekten ibaret kalır. Veyahut, - asıl ehemmiyet arzeden iş te budur - etrafılı gerekçeler ihtiva etmeyen kararları muayyen bir fikir etrafında toplamak hususunda faraziyeler ileri sürülebilir. Şunu itiraf etmek lâzımdır ki, ne kadar arzuya şayan görülürse görülsün her zaman Yüksek Mahkemeden görüşüne mesnet teşkil eden düşünceyi uzun boylu izah etmesi beklenemez. Evvelâ, buna Yüksek Mahkemenin işlerindeki kesret mânidir. Saniyen bu cihet biraz da doktrine terettüp eden bir vazifedir. Bilfarz Fransız doktrini, çok defa dağınık hâdiseler dolayısıyla verilmiş mahkeme kararlarını umumî bir nazariye etrafında toplamak endişesile hareket etmiş, ve - tıpkı değişik tabiat hâdiseleri arasındaki değişmez münasebetleri, yani tabiat kanunlarını, tespite çalışan fizik âlimleri gibi - muhtelif kararlar arasındaki rasyonel bağları göz önünde tutmak suretile bu kararların heyeti mecmuasını izah edecek umumî nazariyeleri kurmağa çalışmıştır.

Aynı ameliyenin Türk Yargıtayının kararları hakkında da yapılmasını biz yerinde ve meşru bir ameliye telâkki etmekteyiz. Dağınık kararları, eğer her birine şâmil olabilecek umumî bir fikre bağlamak kabil ise o zaman bu umumî fikri ifade etmek suretile mahkeme içtihatlarını sistemleştirmiş olacağız. Filhakika, ileri sürdüğümüz muayyen bir faraziyenin muhtelif kararlarla teyyüt ettiğini görünce bu faraziyeyi artık Yüksek Mahkememizin sistematik düşüncesi olarak kabul edebiliriz.

Ancak denilebilir ki, birkaç kararın yardımı ile ifade edeceğimiz sistem bilâhara verilecek kararlarla kabili telif bulunmazsa vaziyet ne olacaktır? Bu endişeye cevabımız basittir. Bu takdirde Yüksek Mahkemenin evvelce kurmuş olduğu sistemden uzaklaştığını söylemek ve evvelce ileri

sürülmüş olan faraziyenin artık Yüksek Mahkemenin düşüncesini aydınlatmak bakımından bir kıymet taşımadığını teslim eylemek lâzım gelecektir. Tıpkı yine fizikte müşahede edildiği üzere zaman zaman revaçta olan ve bilâhara terkedilen teoriler gibi...

Fakat bu ihtimalin yanında diğer bir ihtimal de vardır ki o da ileri sürülmüş faraziyenin bilâhara verilecek kararlarla bir kat daha teyyüt etmesidir. Yine fiziki ilimlere müracaat suretile bir teşbih yapacak olursak artık o zaman *billûrlaşan* bir içtihat sistemi müvacehesinde bulunduğumuzu söyleyebiliriz. Ve esasen, bir memleketin hukuki gelişmesinde doktrine terettüp eden önemli ödevlerden biri de rasyonel esaslara dayandığını gördüğü kararlardaki gizli gerekçeleri ortaya koymak ve bu suretle kanun hükümlerine ve içtimâî menfaatlere uygun içtihatların bilûrlaşmasını elden geldiği kadar kolaylaştırmaktır [2].

Değersiz mütalâamızda eğer aldanmıyorsak, daha evvel de kaydettiğimiz veçhile, hakikatı zorlamadan ikrarın tecezzisi hakkında ittihaz olunan kararlarda bu tarzda bir sistemleştirme teşebbüsüne girişmek bize mümkün gözüküyor. Bu maksatla, evvel emirde ikrarın tecezzisi meselesinin haddi zatında nasıl vazolunduğunu tespit edecek, bilâhara Yargıtay kararlarını tenkidi bir tahlile tâbi tutacağız. Nihayet, mukayeseli hukukta mahkeme içtihatlarına bir nazar atfederek Yüksek Mahkememizin içtihadının ne bakımdan bir üstünlük arzettiğini belirtmeğe çalışacağız.

## II

Malûm olduğu üzere ikrarın bölünmesi meselesi bize garp hukukunun bir yadigârıdır. Eski Türk hukukunda ikrarın bölünmesinde bir mahzur görülüyordu, Çünkü Mecelle müddeialehye hasılı davayı inkâr etmek hakkını tanımakta idi. Halbuki bugünkü mevzuatımız davalıdan bu hakkı selbetmekte ve davacı tarafından ileri sürülen noktalar üzerinde davalıyı vazıhan cevap vermek mecburiyetinde bırakmaktadır.

Eski hukukumuzda bilfarz karzdan dolayı 100 lira dava edenin iddiasına karşı davalı esasen bu parayı almamış olduğunu veya almış olmakla beraber ödediğini tasrih etmek suretile vazih bir müdafaa yapmak zorunda değildi. Halen borçlu bulunmadığını bildirmek suretile iddianın neticesini retle iktifa edebilirdi.

[2] Bu hususta bakınız *H. Capitani*, La thèse de Doctorat en Droit, sah. 51 ve müteakip, ve *Capitani*'dan tercememiz İzmir Barosu Mecmuasında (mahkeme içtihatlarının tetkik) serlevhası altında (Sene 4 - 5 sah. 196).

Yeni hukuk ise, taraflar arasında cereyan eden muamelenin bütün safhalarının bildirilmesini her iki tarafa bir mecburiyet olarak tahmil etmiştir. Eski hukuk ile yeni hukuk arasındaki farkı tek bir cümle ile ifade edersek, eski hukuk tarafların yalan söylememelerini istemekle iktifa ederken, yeni hukuk hâkikatı olduğu gibi söylemelerini emretmektedir.

İşte eski hukukta menfi bir şekilde ifade olunan bu vecibe, yeni hukukta müspet bir tarzda ifadesini bulunca ikrarın tecezzi ettirilip ettirilmeyeceği meselesi kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Filhakika evvelki misalimize avdet edersek, davalı halen borçlu olmadığı yolunda bir defide bulunamayacak, ödünç yüz lira aldıktan sonra bu parayı ödediğini söyleyecektir. Davacı davalıya karzen yüz lira verdiği-ne dair bir delil ibraz edemediği takdirde iddiasının sübutu için müddeialeyh tarafından vaki ikrarı parçalamağa hakkı olacak mıdır? Yani ikrarın bir kısmını - paranın alındığına müteallik kısmını - kabul edip diğer cüzünü, - iade keyfiyetini bildiren cüzünü - reddedebilecek midir? Başka bir deyişle müddeialeyhin bu ikrarı karşısında paranın ödünç olarak verildiği kanuni delille ispat edilmiş sayılarak aynı paranın iade olunduğu yolundaki defin kendisi tarafından ispat edilmesi mi lâzım gelecektir?

*Görülüyor ki mesele doğrudan doğruya ispat külfetine bağlı bulunmaktadır, ve ikrarın tecezzisi meselesi haddi zatında ispat külfeti meselesinin hususî bir şikkidir. Eğer ikrarı tecezzi ettirir ve bir kısmını kabul ve bir kısmını reddedersek o zaman ikrarda bulunan davalı aleyhine olmak üzere ispat külfetine müteallik kaidelerin ihlâline göz yummuş olacağız.*

Filhakika davacı, davasını ispat etmek mecburiyetinde bulunmakta iken bu külfetten vareste tutulmuş olacak ve ispat külfeti hiç yoktan davalının omuzlarına yükletilmiş bulunacaktır. Böyle bir neticenin mantıkan kabulüne imkân olmadığı ve Medenî Kanununun 6 ncı maddesinin ruhile hemahenk bulunmadığı meydanda bir hakikattir. Binaenaleyh ilk kaide olarak şu mühim prensibi vazedebiliriz: *İkrar, ispat külfetine ait kaidelerin ihlâline müncer olacak şekilde tecezzi ettirilemez* [3].

İşte mantığın ilham ettiği bu prensip evvelâ Fransız Medenî Kanununun 1356 ncı maddesinde ve bilâhara buna imtisalen Türk Ticaret Kanununun 683 üncü maddesinde ifadesini bulmuştur. Binaenaleyh ticarî mev-

[3] *Aubry ve Rau* tamamen bu noktâ nazara sahiptir. (Cilt XII, 5 ci tabı s. 129). Bu noktâ nazarın muarızı olan *Bartin*'in tenkidini ileride 4 numaralı not içinde münakaşa etmekteyiz.

zuatta ikrarın parçalanamayacağı prensibi yalnız bir mantık kaidesi olmakla kalmıyor, aynı zamanda bir kanun hükmü kuvvetini taşıyor.

*Yeni Ticaret K. böyle bir hüküm yoktur.*

### III

Ancak ilâve etmemiz lâzım gelir ki, Yargıtay 9-12-1931 tarihli tevhidî içtihat kararı ile bu hükmün şumul sahasını, hiç olmazsa bir dereceye kadar nazarı bakımdan, şayanı dikkat bir surette daraltmıştır. Mezkûr tevhidî içtihat kararı şu mülâhazaları davet eder:

a — Evvel emirde tevhidî içtihat kararı ademi tecezzi kaidesinin mutlak olmadığını belirtiyor, ve hattâ şu tarzda bir formül kullanıyor: ademi tecezzi kaidesi, ticarî hâdisat ve muamelâtın istilzam ettiği hususiyetler nazarı itibare alınarak tecezzisi mümkün olmayan ikrarlara hasredilmek lâzımdır. Öyle ki bu formüle nazaran şöyle bir intiba hasıl oluyor: ticarî mevatta bile ikrarın tecezzisi âdeta prensip itibarile kabildir; ancak istisnâî olarak, mevzuubahs ticarî muamelâtın hususiyetleri göz önünde tutularak sadece bazı nevi ikrarların tecezzisine imkân yoktur.

İtiraf etmek lâzımdır ki bu gibi intibalara yer veren formül haddî zatında sakat bir formüldür. Filhakika ileride izah edeceğimiz üzere bazı ticarî muamelelerin hususiyeti göz önünde tutularak ikrarın tecezzisine karar verilebilir; yoksa, vaki ikrarı tecezzi ettirmemek için hâdisede ayrıca hususiyetler aramağa mahal yoktur. İkrarın ademi tecezzisi prensip olduğuna göre bu kaide, başka hususiyet aramaksızın kendiliğinden yürür.

b — Yargıtay, hâtalı sandığımız bu ifade tarzını ihtiyarla iktifa etmiyerek daha ileriye de gitmiştir. Çünkü aynı tevhidî içtihad kararı, hem borcunu muteber bir şekilde doğduğunu ve hem de tediye ile sukut ettiğini tazammun eden bir ikrarın parçalanacağını kabul etmiştir. Öyle ki Yüksek Mahkememiz tediye borcun icrasına taallûk ettiği için ayrı ve müstakil bir muamele addediyor ve bu tarzda ikrarda bulunan davalının, borcu ödediğine dair defini ayrıca ispat etmek mecburiyetinde olduğu neticesine varıyor.

İkrarda yer alan defilerin esas hâdiseye nazaran murtabit veya müstakil bulunduğuna göre tecezzi ettirilip ettirilmeyeceği, haddî zatında klâsik doktrince benimsenmiş bir tefriktir. (Bu tefrikin müstenit olduğu sebep ve maruz kaldığı tenkidler için ileride 4 No. lu notumuza bakınız). Fakat klâsik doktrinde tediye, aktin inşasından hukukan ayrı bir muamele olmakla beraber, ispat külfeti bakımından esas muameleye murtabit (connexe) addolunmuş ve bu def'e dayanan ikrarların tecezzisine imkân verilmemiştir. Fransada anane haklı olarak bu yolda teessüs edegelmiştir.

Esasen bu hal tarzının rasyonel sebeplerini bulmak ta güç değildir. Aradaki muamelenin icra safhasına taallük eden bir def'in sırf bu sebeble yani aktin icrasına taallük ettiği için müstakil sayılmasına ve bundan böyle bu yolda defileri ihtiva eden ikrarların bölünmesine imkân tasavvur edilemez. Aksi takdirde bizzat Yargıtayın dahi kabul edemiyeceği neticelerle karşılaşırız. Ezcümle davalı, davacı ile kendisine yüz lira ödünç para verilmesi hususunda mukavele aktettiğini, ancak davacının karz akti icabı kendisine ödemesi lâzım gelen parayı henüz tediye etmemiş olduğunu ve bu itibarla zimmetine hiç bir şey terettüp etmediğini def'an dermeyan etse bu yoldaki ikrarı elbette parçlanamıyacaktır. Halbuki burada da müdafaanın temas ettiği nokta aktin inşasına değil bilâkis icrasına daha doğrusu ademi icrasına taallük etmektedir. Demek ki aktin icrasile ilgili noktaları ispat külfeti bakımından aktin inşasından ayırmakta bir isabet yoktur. Kaldı ki, ademi tecezzi kaidesinin mesnedi, yani ispat külfetinin yer değiştirmemesi lüzumu göz önünde tutulacak olursa, tediye definin esas hâdise ile murtabit bulunduğu keyfiyetini ispata dahi mahal kalmadan, bu kabil ikrarların bölünemiyeceği neticesine varmak ayrıca kabil-dir. Bu hususta takas defi hakkında (4) numaralı notta vereceğimiz izahata atıfla iktifa ederiz.

Nihayet şunu da söyleyelim ki, *Bartin* gibi ikrarın ademi tecezzisi kaidesini nispeten dar bir sahaya hasretmek temayülünü gösteren müellifler bile tediye defini ihtiva eden ikrarların parçalanamıyacağını gayri kabili münakaşa addediyorlar. (Aubry ve Rau'nun zikri geçen eserinde *Bartin*'in 25 bis numaralı notu sah. 120). Bu itibarla Yargıtayın tediye defini ihtiva eden ikrarlar hakkındaki görüşü, eğer aldanmıyorsak, mukayeseli hukuk sahasında da münferid bir misal teşkil etmektedir [4].

[4] Yargıtay, tediye defini ihtiva eden ikrarların tecezzisine imkân verdiğine göre takas defini ihtiva eden ikrarlar için dahi aynı hal suretini, evleviyetle kabul edeceği bedihidir. Vakıa takas definin dahil bulunduğu ikrarların bölüneceği umumiyetle kabul edilmektedir. Ezcümle *Aubry ve Rau, Planiol - Ripert, Esmein, Colin ve Capitant v. s.*; muhalif kanaate yalnız Belçikalı şarih Laurent'da tesadüf edilmektedir). Ancak şurası sayanı dikkattir ki ikrarın ademi tecezzisi kaidesinin sebebi hikmetli olarak, ispat külfetine müteallik kaidelerin ihlâline mahal vermemek mülâhazası ile sürüldüğüne göre bu düşünceye her defa kıymet vermek lâzım gelirse, *Bartin*'in işaret ettiği gibi, ihtimal bu gibi ikrarların dahi tecezzisini kabul etmemek ve klâsik doktrinin hilâfına mevzûf ikrarlarla mürekkep ve gayri murtabit ikrarlar arasında bir fark gözetmemek icap edecektir. *E. Martin*, takas defini ihtiva eden ikrarların bölünebileceğini kabul etmekte, fakat bu hal tarzının klâsik doktrinde ademi tecezzi kaidesinin mesnedini teşkil eden, ispat külfetine müteallik hükümlerin ihlâ-

c) Tevhidi içtihat kararı, nihayet şu bakımdan da kabili tenkididir ki, ikrarın ademi tecezzisi kaidesini yalnız ticarî mevada münhasır oldu-

line mahal vermemek düşüncesi ile kabili telif olmadığını yazmaktadır; ve bundan böyle âlim Fransız hukukçusu klâsik doktrinin temelini çürütmeğe savaşılmaktadır. (s. g. e. C. 12, 25 bis No. lu Bartin'i notu).

Bu tenkidî klâsik doktrin evveliden tahmin etmiş ve cevaplandırmağa çalışmıştır. Ezcümle klâsik nazariyeyi temsil etmekte olan Aubry ve Rau muhakemelerini şu tarzda yürütüyorlar: «takas defini biz ikrardan ayırmıyoruz, çünkü haddî zatında bu ayırdır. Mukir, muayyen bir hukukî muameleyi ikrar etmiş ve bu muamele ile hiçbir irtibat arzermeyen yabancı bir hâdiseyi defî kabilinden ileri sürmüş ise biz haddî zatında onun ifade ettiği kaziyeyi olduğu gibi ele alıyor ve bu kaziyeye yabancı olan def'in, bittabi kendisi tarafından ayrıca muhtacı ispat olduğunu söylemiş bulunuyoruz.» (*Aubry ve Rau s. p. e. sah. 126*).

Bu suretle mesele, âdeta (suri mantik-logique formelle) kistaslarına göre kazıye ve defilerin bir bütün teşkil edip etmediği ölçüsüne nazaran halledilmek istenilmektedir ki, kaidenin mesnedi olan ispat külfeti keyfiyeti böylelikle gözden bir parça uzak tutulduğu hissi hasıl olmaktadır.

Bize kalırsa, ispat külfetine ait kaideler ancak mücerred, gayri müşahhas, (abstract) bir plânda nazarı itibare alındığı takdirdedir ki, bu kaidelerin ihlâl mevzuubahsı olmaksızın, takas defini ihtiva eden ikrarları parçalamak mümkün ve mutasavverdir. Çünkü denilebilir ki, müddealehyin takas yolu ile dermeyan ettiği alacak, mahiyeti itibarile müstakil bir davanın mevzuunu teşkil eder. Müddelinin davası olmasaydı, normal olarak müddealehy, kendi alacağını, - karşı tarafın inkârı halinde - müstakil bir dava ile istemek mecburiyetinde kalacak ve binnetice bu alacağını ispat etmek vecibesi kendisine terettüp edecekti. Binanaleyh takas defî, mesele hakiki normlara göre tahlil edilecek olursa haddî zatında mütekabil bir iddia ve dava mahiyetindedir. Mütekabil davaların ise, bizzat bu iddiaları ileri sürenler tarafından ispatı lüzumu bedihidir.

Fakat itiraf etmek lâzım gelir ki, mesele mücerred bir plânda vazolunmayıp müşahhas bir plânda mütalâa edilecek olursa Bartin'e hak vermek icap edecektir. Çünkü, borcunu ikrarla beraber bunun mukabil bir alacakla sukut ettiğini beyan eden müddealehy bu ikrarile ilzam edilir, ve kendi lehine iddia eylemekte olduğu alacağını ispatla mükellef tutulursa, ispat vecibesi kendi ikrarı dolayısıyla, müddelinin omuzlarından kalkıp kendi uhdesine intikal ettirilmiş olacaktır, yani müddel ispat külfetinden binnetice varestede tutulmuş bulunacaktır.

Su halde hakiki hal tarzına varmak için ne yapmak lâzımdır? Hâdisedeki def'in umumî olarak haiz olduğu mahiyet ve ispat külfeti bakımından hangi tipe irca olunabileceği keyfiyeti mi incelenmelidir? Yoksa, def'in muayyen hâdis ve davadaki müşahhas rolünü mü nazarı itibare almalıdır?

ğunu ifade etmekle, Medenî hukuk sahasında her zaman için aksi kaide- nin cari olduğu hissini vermektedir. Yargıtayın, tevhibi içtihat kararile benimsemiş gibi gözüktüğü bu prensip, tâbir caizse yalnız kâğıt üzerinde kalmış, ve hiçbir zaman Yüksek Mahkememiz medenî hukuk meselelerine taallûk eden hâdiselerde ikrarın ulu orta bölünmesini mümkün görme- miştir. Bilâkis Yüksek Mahkeme tatbikatta Medenî Kanunumuzda veya H. U. M. K. nında, Fransız Medenî Kanununa veya Ticaret Kanunumuzun hükmüne benzer bir kaide varmış gibi hareket etmiş, ve ikrarı prensip itibarile tecezzi ettirmemekle beraber, ispat külfetine ait kaidelerin ih-

Birinci yoldan gidilirse, klâsik doktrinde Bartin'in iddia ettiği tenakuz varid değildir.

Fakat, ispat külfetine ait meselelerde müsaahas hal tarzlarının üstün tutulması lâzım geleceğine göre ikinci yolu tercih etmekte âdeta bir nevi zaruret görmekteyiz. Bu takdirde ise klâsik doktrinde bir tenakuzun mevcudiyetini müşahade etmek ıztı- rarında kalıyoruz. Fakat bu tenakuzu izale etmek için klâsik doktrin mesnedini tes- kil eden düşünceyi terketmekliğimiz lâzım gelmez. Belki sadece klâsik doktrin reyî hilâfına, *takas def'ini ihtiva eden ikrarların dahi parçalanamayacağını kabul etmek kifayet eder.*

Bu hal tarzının bilhassa modern hukuk için daha tatminkâr olduğunu düşün- mekteyiz. Filhakika takas bir nevi tediyeye vasıtası olduğuna göre çok defa bir ala- cağın, diğer bir borcun itfası zımında ihdas edildiği görülmektedir. Kendi aleyhine mevcut bir alacağın senede bağlanmadığını gören borçlu bilmukabele aynı şahsa kar- şı alacaklı sıfatını ihraz ederken, bu alacağını senede raptetmek lüzumunu çok defa bihakkın hissetmez. Tıpkı senede bağlanmamış bir borcu tediyeye eden borçlunun ala- caklısından tediyesine dair bir makbuz talep etmesini hatırandan geçirmemesi gibi... Bu pratik mülâhazalar vermekte olduğumuz hal tarzını ayrıca takviye eder mahi- yettedir.

Her ne ise doktrinal münakaşalara bu yazımızda prensip itibarile yabancı kal- makla beraber, esas hatlarını benimsemekte olduğumuz klâsik doktrine yöneltmiş itirazların ne şekilde cevaplanabileceğini göstermek mecburiyetini hissettiğimiz için, takas meselesi dolayısıyla bu uzun izahata girişmekten kendimizi alamadık. Bu vesile ile serdettiğimiz mülâhazalar, tediyeye def'ini ihtiva eden ikrarların tecezzisine *evlevi- yetle* imkân bulunamayacağını da ayrıca ortaya koymuştur sanırız.

Nihayet şunu da ilâve edelim ki *Aubry* ve *Rau* İbra. veya talebin müstenid bu- lunduğu mukavelenin feshi def'ini ihtiva eden ikrarların tecezzi ettirilmeyeceğini bi- hakkın kabul etmekte iken *Bartin* bu hal tarzlarına iştirakte tereddüt göstermekte ve hattâ aksi noktaî nazarı tervice meyyal bulunmaktadır. Yargıtayımızın fesih ve İbra hakkındaki düşüncesi malûmumuz olmamakla beraber, biz bu hususta *Aubry* ve *Rau*'nun düşüncesini tamamen benimsemekte asla tereddüt etmiyoruz.



lâline müncer olmayacak ve ancak mahdut neticeler tevlit edecek şekilde parçalamak suretile tedricen çok enteresan bir sistem kurmuştur.

#### IV

İşte şimdi Yargıtayın münferid hâdiselerin yardımı ile kurmuş olduğu bu sistemi tetkik etmeliğimiz gerekiyor. Bu suretle, ikrarın ademi tecezzisi kaidesinin medenî hukuk sahasındaki tesirlerini ve şumul sahasını incelemiş olacağız.

Bu tesirleri menfi ve müspet olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Menfi tesir, mükerreren söylediğimiz veçhile, ikrarın ispat külfeti kaidelerinin ihlâline müncer olacak şekilde tecezzi ettirilemeyeceğidir. Esasen kaidenin sebebi hikmeti bu olduğuna göre, sınırları da aynı düşünce ile tahdid edilmiş bulunmaktadır. Şu halde, biraz evvel ifade ettiğimiz menfi kazıyenin müteakibli bulunan müspet şeklini ifade edersek diyeceğiz ki, *ispat külfetine müteallik kaidelerin ihlâline müncer olmayan ikrarların parçalanmasına cevaz vardır.*

Bu suretle kaidemizin ikinci veçhesine yani müspet tesirlerini ifade eden tarafına gelmiş oluyoruz. Bahsimizin bu cephesinden çıkarılması lâzım gelen ehemmiyetli neticeleri sırasile tespit edelim.

✓ Eevvelâ, daha ziyade nazari bir mahiyet arzeden şu misal üzerinde duralım; davacı davalıya para ikraz etmiş olduğunu ispat edince, davalı bilmukabele «Ben de zimmetime böyle bir borcun terettüp etmiş olduğunu kabul ediyorum, fakat onu tediye suretile ifa ettim, bu ikrarım parçalanamaz, binaenaleyh davacı kendisine parayı iade etmediğini ispat etsin» şeklinde bir defide bulunamaz. Çünkü alacaklı, kendisine terettüp eden ispat vecibesini yerine getirmiştir. Bu misalimizde davalının biraz önce naklettiğimiz ikrarını bölmeyeceğiz diye alacaklıya borcun itfa edilmediği yolunda menfi bir vaziyeti ispat etmek vecibesini tahmil edersek, bu defa ispat külfetine müteallik kaideleri davacının aleyhine olmak üzere çiğnemiş oluruz. Onun bu şıkta ikrarının tecezzi ettirileceği bir mesele dahi teşkil etmez [5].

[5] Fransada buna müteallik mahkemeye intikal etmiş bir misal olarak şu hâdise zikredilebilir:

Bir bedelli icar davasında müddealeyleh, bu meblâğın zimmetinde terettüp etmiş olduğunu fakat tediye ile borcu kalmadığı yolunda defide bulunmuş ve tediye keyfiyetinin vuku bulmadığı noktasının müddei tarafından ispat edilmesini istemiştir. Halbuki icar akti, gayri menkulden istifadesi ve mecuru isgall altında tutması ile sabit olduğundan, müddealeylehin ikrarına ayrıca istinat etmek lüzumu kalma-

Burada haklı olarak denilebilir ki, davacı misalimizde esasen davasını ispat etmiş olduğuna göre davalının mürekkep ikrarını nazarı itibare almağa lüzum yoktur ki tecezzi ettirilip ettirilmeyeceği mevzuu bahsolsun.

Evet, bu misalde ikrarın tecezzi ettirilmesinde bir mahzur yoktur, fakat bir fayda da muatasavver değildir. Bunu biz de kabul ediyoruz. Ancak bu müşahede bizim için bir intikal merhalesi olacak ve bundan sonra mahdud da olsa ikrarın bölünmesindeki müspet faydaları göreceğiz.

Filhakika, ikrarın bölünmemesinde âdeta mantikî bir zaruret bulunduğunu daha evvel ispat ettik. Şimdi de diyebiliriz ki, bu kaideyi müstenit olduğu mantikî sebepler çerçevesinde mütalâa etmek ve bu kaideye bu sebeplerin haricinde bir tatbik sahası tanımamak ayrı bir zaruret icabıdır. Hakikaten bir davada sebketmiş mevsuf veya mürekkep bir ikrarı tecezzi ettirmeyeceğiz diye hiç vaki olmamış addedemeyiz; eğer edersek sunî bir iş yapmış olur, mantığı zorlamış bulunuruz.

İşte bu mülâhazaları göz önünde tutarsak düşüncemizin muhassalasını şu formül ile ifade edebiliriz. Davacıyı ispat külfetinden vareste bırakacak şekilde davalının ikrarı parçalanamaz. *Fakat ispat vecibesini kolaylaştıracak şekilde ikrarının parçalanmasına cevaz vardır.* Diyebiliriz ki bu formül bahsimizin âdeta mihverini teşkil etmektedir.

## V

Bu ana formülden ilk kaziye olarak şu tâli neticeyi istihraç edebiliriz: İkrarı teşkil eden cüzülerden birinin ifade ettiği mâna diğer delillerle mütenakız bulunuyorsa bu cüzü reddile diğer delillerle hemahenk bulunan mütekabil kısmı kabule cevaz vardır. Öyle ki ikrarın kabul edilen bu ikinci parçası mevcut delilleri ayrıca takviye eden takdirî bir delil mahiyetini haiz olacaktır.

Bu mücerret ve binnetice müphem gözükecek mülâhazaları, Yargıtay içtihadında konu teşkil etmiş bir hâdiseyi teşrih ederek aydınlatalım. Hâdisi şudur:

«İddianın müstenidi olan senedde (100) liranın nakden alındığı yazılıdır. Borçlu bu kaydın hilâfı hakikat olduğunu ve bu senedin buğday mukabili olarak verildiğini ve halbuki buğdayın teslim edilmediğini ve

miş ve bittabi bedelli icarın ödendiği hususunun tarafından ispat edilmesine karar verilmiştir. (Tribunal Loudun, 29 Mayıs 1884 tarihli kararı, Rép. Dalloz 1891 sah. 268). Bu mealde olmak üzere Fransız Temyiz Mahkemesinin 10 Aralık 1901 tarihli kararı na da bakınız (Sifrey 1902, 1. 404, Hukuk Dairesi).

Bah say. 626 son

binaenaleyh senedin bedelsiz olduğunu ileri sürmektedir. Alacaklı filhakika senedin buğday mukabili olduğunu, ancak buğdayın senedin tanziminden evvel teslim edildiğini iddia ediyor.»

Şimdi ispat külfeti kime düşecek? Buğdayın teslim edildiğini alacaklı mı ispat etmek mecburiyetindedir. Yoksa buğdayın teslim olunmadığını ispat vecibesı müddeaaaleyhe mi terettüp etmektedir? Bütün mesele buradadır. Hal suretini tahlili bir metot takip ederek araştıralım:

Sened, paranın nakden alındığını ifade ediyor. Senedde ifadesini bulan bu vakıa gerek müddeinin ve gerek müddeialeyhin müşterek ifadesile kısmen tekzip olunmaktadır. Tarafların müşterek beyanı göz önünde tutulursa görülür ki, taraflar arasında nakit olarak bir şey alınmış veya verilmiş değildir. Fakat bu durum senedin hükümden düşürülmesini icap ettirmez. Tarafeyn, senedin buğday bedeli esas tutularak tanzim edildiğinde müttefiktirler. Şu halde makbuzu (100) lira değerinde buğdayın alındığı şekilde anlamak ve tefsir etmek lâzımdır.

Hâdiseyi bu şekilde tahlil etmekle müddeialeyhin girintili çıkıntılı ikrarının bir kısmını (senedin buğday muamelesine taallük ettiği kısmını) kabul etmiş diğer cüzünü yani buğdayların kendi tarafından tesellüm olunmadığı cüzünü ise reddetmiş oluyoruz. İkrarını acaba bu tarzda tecezzi ettirmeğe hakkımız var mı? Evet, bu suale müspet cevap vermek gerekir. Zira, müddeialeyhin ikrarını bir kül halinde kabul edersek, senedin muhtevasıle ikrar arasında tam bir ziddiyet ve mübayenet bulunacaktır. Deliller arasındaki tenakuzu izale etmek mantıkî bir zarurettir. Halbuki senetle müddeialeyhin ikrarı arasındaki mübayenet, ancak bu ikrarda buğdayların teslim olunmadığı hakkındaki beyanın reddedilmesiyle ortadan kalkacaktır.

İşte bu mülâhazalarladır ki müddeialeyhin vaki beyanı makbuzun ifade ettiği mâna ile telif edilecek şekilde bölünecek, yani evvel emirde mezkûr makbuzun buğday alış verişinin ifasını tespit zımında verildiği sabit sayılacak ve saniyen, makbuzdan da anlaşıldığı üzere 100 lira değerinde buğdayın müddeaaaleyhe teslim edilmiş olduğu kabul edilecektir.

İzah edegeldiğimiz bu sebepleri göz önünde tutarak olacak, Yargıtay genel kurulu pek haklı bir surette, buğdayların ademi teslimine müteallik def'in müddeaaaleyh tarafından ispat edilmesi lâzım geldiğini ve delillerin hali hazır vaziyetine nazaran müddeialeyhin mahkûm edilmesi icap ettiğini karar altına almıştır. (12-7-1939, İmran Öktem, sah. 143). Filhakika buğdayların ademi teslimi iddiası, mevcut delillerle yani makbuzla mükezzep bulunmakta ve müddeialeyhin kavli mücerredinde kalmaktadır.

Halbuki aynı hâdisede Yargıtayın IV. Hukuk Dairesi müddeialeyhin ikrarına dokunmamış, ve sadece makbuzu bir tahrirî beyyine başlangıcı addederek, buğdayların teslim olunduğu hususunun müddei tarafından ispat edilmesi lâzım geleceği neticesine ulaşmıştı. Biraz evvelki izahatımızdan anlaşıldığı üzere Genel Kurul daha isabetli hal tarzına varmış, ve bu da bittabiidir ki ikrarı tecezzi ettirmek suretile kabil olmuştur. Çünkü hâdisede müddeialeyhin ikrarı sebketmese idi, müddei ibraz ettiği makbuzun mânasını tamamlamak üzere ayrıca şahit ikamesine mecbur kalacaktı. Demek ki, izah ettiğimiz mantıkî sebepler müvacehesinde davalının ikrarının parçalanması ayrıca mütemmim mahiyetteki şhadete mahal bırakmamış ve müddeiyi ispat külfetinden vareste tutmaksızın onun ispat vecibesinin ifasını kolaylaştırmıştır.

Velhasıl, ortaya dökülen bilcümle delillerin telifi ancak ikrarın kısmen kabul edilip kısmen reddedilmesile kabil oluyorsa, ikrarı bu tarzda yani mevcut delilleri itmam ve takviye edecek şekilde bölmekte tereddüt etmemelidir. Ve ezcümle, ikrarın mevcut delillerden tahrirî beyyine mukaddimelerini teyit ve itmam etmek üzere parçalanmasına cevaz vardır.

Bu müşahedemiz o derece doğrudur ki, müddeialeyhin ikrarı olduğu gibi bir kül halinde mevcut delillerle kabili telif bulunuyorsa, tecezzisine asla imkân verilmeyecektir. Nitekim, davacı müddeialeyhe posta vasıtasile gönderdiği (500) lirayı talep etmesi üzerine, davalı bu paranın davacıya mukaddema karzen vermiş olduğu paranın ödenmesi maksadile kendisine gönderildiğini def'an dermeyan etmiştir. Davacı ise bu paranın müddeaaaleyhe vedia olarak irsal edildiğini bildirmiştir. Mevcut tahrirî delil yani posta irsal makbuzu ile müddeialeyhin mürekkep ikrarı arasında bir tezat ve mübayenet yoktur. Şu halde onun bu ikrarı olduğu gibi kabul edilecek ve paranın vedia olarak gönderildiği yolundaki iddianın davacı tarafından ispatı gerekecektir. Filhakika Yargıtay haklı olarak ispat külfetini davacıya tevcih etmiştir. (20-9-1939 tarihli karar, İmran Öktem sah. 107).

Bu son kararı, Bay İmran Öktem biraz evvel tahlilini yaptığımız 12-7-1939 tarihli karara nazaran mübayin görmekte birinde ikrar tecezzi ettirilmişken diğerinde tecezzi ettirilmemiş olduğunu kaydetmektedir. Haddi zatında bu iki karar verdiğimiz izahatın ışığı altında mütalâa edilecek olursa birbirine mübayin olmaları şöyle dursun ahenkli bir sistemin birbirini itmam eden iki ayrı ifadesi şeklindedir.

Medenî hukuk sahasında kalmak suretile vermekte olduğumuz bu izahata şunu da ilâve etmek gerekir ki, ticarî mevadda da ikrarın bu suretle tecezzisine imkân vardır. Hattâ ticarî mevzularda 680 inci madde mucibince sadece karine ve emarelerle dahi hüküm verilebileceğinden,

ticarî muamlatın arzettiği hususiyetlere ve bilfarz ticarî teamüllere tevafuk etmeyen bir ikrar bu sebeple parçalanabilecektir.

Esasen tevhidî içtihat kararında yer almış olan hâtalı formülü şimdi izah ettiğimiz kalıba sokmak şartile kabul etmek kabildir. Tevhidî içtihat kararı ikrarın ademi tecezzisi kaidesinin, ticarî muamelâtın hususiyeti göz önünde tutularak bu gibi ikrarlara hasredilmesi lâzımdır diyor-du. Biz diyoruz ki, ticarî mevadda da ikrar prensip itibarile gayri kabili tecezzidir, hattâ bu prensip doğrudan doğruya kanunda ifadesini bulmuştur. Fakat vaki ikrar, hâdisede ticarî mevadın hususiyetinden mütehas-sil delil ve karinelerle telif edilmek için mantıkan bölünmesi icap ediyorsa ikrar ancak bu takdirde bölünebilir. Yani tecezzi cihetine gidebilmek için hâdisede ayrıca hususiyet aramak icap edecektir. Meselâ, bedeli taksitle ödenmesi ticarî örf muktezasından bulunduğu sabit olan bir ticarî malın tesellümünü ikrarla beraber bedelinin peşin olarak ödendiği yolundaki bir beyanın tecezzisine imkân bulunabileceği gibi...

Nitekim ikrarın ademi tecezzisi kaidesinin kanunî bir hüküm halinde tecelli ettiği Fransada da mürekkep veya mevsuf ikrarların, mevcut delillerle ezcümle tahriri beyyine mukaddimleri ile uzlaştırılacak şekilde bölünmesine cevaz verilmektedir. Filhakika, ikrarın ihtiva ettiği kısımlardan birinin hilâfı hakikat olduğu, sair delillerle ezcümle tahriri beyyine başlangıçlarile sabit olursa bu kısım reddolunmakta ve mevcut delilleri teyit eden kısım muhafaza edilmektedir. Ve bu suretle bölünen ve muhafaza edilen kısım tahriri beyyine başlangıcını teyit ve ikmal eden takdiri bir delil mahiyetini haiz olmakta ve ayrıca şahadet ikamesine mahal bırakmamak suretile, Türk hukukunda olduğu gibi, davacıya terettüp eden beyyine külfetinin yerine getirilmesini kolaylaştırmaktadır [6]. Bu itibarla her iki memleket içtihatlarının bu mevzuda birleştiklerini söylemek kabildir.

## VI

Fakat Yargıtay başka bir zaviyeden daha ileri gitmekte de bir mahzur görmemektedir. Böylelikle ana formülümüzden çıkarılması lâzım gelen ikinci ana kaziyeyi ifade etmemiz lâzım geliyor: *tahriri beyyine başlangıcına muadil bir delil teşkil etmek üzere ikrarın parçalanmasına imkân vardır.*

[6] Bu mealde olmak üzere (Req. 8 Şubat 1846 Sirey 64, I, 227. - Fransız Temyiz Mah. İstida Dairesi kararı) ve Cas. 17 Nisan 1877 Sirey 78, I, 317, Hukuk Dairesi kararını zikredebiliriz. [Bu kararlar *Aubry* ve *Rau* tarafından zikrolunmuştur, cilt XII, sah. 130 da 36 Nolu notta].

Filhakika, böylelikle yine ispat külfetine müteallik kaidelerin hükmü mahfuz tutulmaktadır. Farzedelim ki Davacı davasını şahitle ispata muktedir olacak; fakat dava mevzuu elli liradan yukarı olduğu için bu ispatının kanunî bir değeri bulunmuyor. Halbuki davacı tahrirî bir beyyine başlangıcı irae edebilse şahadet o zaman hukukî bir değer alacaktır. İşte hasmın ikrarını şahadete tevafuk edecek şekilde bölmeğe cevaz verilince mesele kendiliğinden hallolunmaktadır. Aşağı yukarı biraz evvelki vaziyet gibi... Şahadet bir delildir, ikrar diğer bir delildir. İkrarı mevcut şahadetle telif edecek şekilde parçalamak mantıkî prensiplere aykırı olmaz. Evvelki misalimizde ikrar, kısmen kanunî bir delil mahiyetini taşıyan tahrirî beyyine başlangıcı ile telif edilmek üzere bölünüyordu. Şimdi ise kanunî olmayan bir delille, şahadetle uzlaştırılmak üzere ve âdeta tahrirî bir delil teşkil edecek şekilde parçalanmaktadır. Burada tecezzi şu halde daha cür'etli bir şekilde olmaktadır, fakat nihayet iki ameliye arasında bir mahiyet farkı değil, belki sadece bir derece farkı vardır.

Nitekim Yargıtay da bu izah edegeldiğimiz sebepleri benimsemiş bulunuyor. Genel Kurulun kararına konu teşkil etmiş hâdiseyi şöyle tahlil edebiliriz:

Davacı, davalıdan (65) lira bedel mukabilinde bir tarlayı haricen satın aldığını ileri sürerek tahririn verilmemiş olmasından dolayı semeni mebiin iadesini talep etmiştir. Davacının 65 lirayı ödediğine dair yazılı delili yoktur. Davalı tarla sahibi aralarındaki muamelenin haricen satış değil kira olduğunu ve 65 lirayı kira bedeli olarak aldığını ikrar ediyor.

Mahkeme verilen paranın semeni mebi olduğuna dair davacı tarafından serdedilen şahitleri dinleyerek paranın tahsiline karar veriyor; III cü Daire müddeabihin miktarına nazaran şahit istimaina mesağ olmadığından bahsile hükmü bozuyor. Israr üzerine Genel Kurul, mevcut delâil ve müddeaaaleyhin ikrarını göz önünde tutarak davacının iddiasını sabit görmüş ve israr kararını tasdik etmiştir. (12-4-1939, İmran Öktem sah. 107).

Bu Genel Kurul kararının tahliline gelirsek görürüz ki, hâdisede davacının müddeiyatında haklı çıkması için birbirine bağlı iki ayrı noktanın sübutu lâzım gelmekte idi. Evvelâ haricen beyi akdinin tevsiki, saniyen tediye vukuu.

Bu iki noktadan biri tahakkuk ettiği takdirde, geri kalan noktanın ispatı için her türlü delâilden istifade edileceği tabiidir. Şu halde tediye keyfiyeti bilfarz, sebebini zikretmeyen bir makbuzla veya her hangi tahrirî bir beyyine başlangıcı ile ispat olunsa idi, o zaman haricen bey'in vukuuna dair şahadetin dinlenilmesine cevaz bulunacağı muhakkaktı. Müddeaaaleyh tediye ikrar ettiğine göre tediye muamelesini sabit farzetmemiz gerekir. Filhakika ikrarı keenlemyekûn addederek bunun ayrıca is-

patına lüzum gösterir isek, esasen sabit olmuş bir vakıanın tekrar ispatını istemek gibi bir vaziyet ihdas etmiş oluruz ki, eski tâbirle ifade etmek lâzım gelirse hasılı tahsil kabilinden birşey olur.

Tediye bu suretle sabit olunca, şahitlerin istimaina bir mâni kalmamış demektir. Çünkü tahriri beyyine başlangıçlarının şهادetle tamamlanması zarurîdir. Müddeaaaleyhin ikrarında kira aktinin inikadına dair olan kısım şهادetin muhtevası ile tenakuz halinde bulununca bu iki delili telif etmek için ikrarın bu kısmını hafzetmek zaruretile karşılaşacağız. Meğer ki şهادetin muhtevası, müddeaaaleyh tarafından ibraz edilecek başka delillerle çürütülmüş olsun.

Davalı, davacının iddiasını teyit eden şهادeti sair delillerle çürütmeğe muvaffak olamadığı takdirde, ortaya dökülmüş delilleri birbirleriyle uzlaştırmak için davalının ikrarını parçalamaktan başka bir çare yoktur; ve böyle hareket edilince davacı ispat külfetinden vareste tutulmamaktadır. Sadece ona terettüp eden ispat külfeti şهادete de yer verilmek suretile kolaylaştırılmıştır, o kadar...

Velhasıl, zımnen istinad etmekte olduğu gerekçeleri uzun boylu tahlil ettiğimiz bu Genel Kurul kararından anlaşılıyor ki, ikrarın bölünerek tahriri mukaddemei beyyine teşkil etmesine ve bu suretle şهادetle ikmal edilmesine cevaz verilmektedir. Bu hal sureti Yargıtayın muttarid içtihadına tekabül ediyor. Nitekim 1944 senesi Kararlar Dergisinin 54 üncü sahifesindeki Genel Kurul tarafından verilmiş olan 9-2-1944 tarihli karar bu içtihadı teyit etmekte, ve Yüksek Mahkemenin 21-10-1936 tarihli diğer bir heyeti umumiye kararında dahi bu noktai nazarı ifade etmiş olduğunu belirtmektedir.

*Netice olarak, ikrarın tarafları ispat külfetinden vareste bırakacak şekilde parçalanmasına mantıkan imkân yoktur.) Fakat ikrar küll halinde mevcut delillere nazaran bir tenakuz ihtiva etmekte ve bu tenakuzun izalesi ancak ikrarın parçalanması suretile mümkün olmakta ise o zaman ikrarı bölmekte tereddüt göstermemek lâzımdır.) Bu takdirde ikrar tecezzi ettirilerek ya mevcut tahriri beyyineleri itmam eden takriri bir delil elde edilecek yahut ta şهادetin istimainı mümkün kılan tahriri bir beyyine mukaddemesi teşkil edecektir. Yargıtayımızın tahlil edegeldiğimiz kararlarının ihtiva ettiği derin mâna işte burada toplanmaktadır.*

Yüksek Mahkememiz, izah edegeldiğimiz mucip sebepleri her defa zikretmemekle beraber mantıki prensiplere olduğu kadar pratik icaplara uygun hakikaten nuancé ve elâstiki bir sistem kurmuştur. Bu sistemin üstünlüğünü lâyıkile takdir edebilmek için mukayeseli hukuka, yani ecnebi memleketlerdeki teessüs etmiş mahkeme içtihatlarına bir nazar atfetmek her halde faydadan hali değildir.

## VII

Diyebiliriz ki, ikrarın ademi tecezzisi kaidesinin vatani sayılabilecek olan Fransada bile bir bakımdan bu derece insicamlı bir içtihat sistemi vücuda gelmiş değildir. Filhakika Fransız Mahkeme içtihatları bu hususta tam bir vahdet manzarası vermekten uzaktır. Ezcümle Fransız mahkeme kararları arasında bu mevzuda iki zıt temayül müşahede edilmektedir.

Nitekim bir kısım kararlar ikrarın tahriri mukaddemei beyyine teşkil etmek üzere bölünmesine cevaz vermemişlerdir. Bu mealde olmak üzere Bordeaux İstinaf Mahkemesinin 14 Şubat ve 6 Nisan 1832 tarihli kararlarını (D. P. 1832.2.120 ve 1833.2.42) ve Fransız Temyiz Mahkemesinin 14 Nisan 1852 (D. P. 1852.1.141) kararlarını zikredebiliriz.

Buna mukabil, diğer bir kısım kararlar ise, tıpkı yargıtayın kabul ettiği gibi, ikrarın tahriri beyyine başlangıcı teşkil etmek üzere tecezzi olunabileceğini kabul etmişlerdir. Bu hususta Grenoble İstinafının 13 Mart 1834 tarihli kararını (Répertoire Dalloz 1860 cilt 33 sahife 1124). Amiens İstinafının 23 Kasım 1888 tarihli kararını (Répertoire Dalloz 1891 cilt 11, sah. 261) ve nihayet Fransız Temyiz Mahkemesinin bu tezi benimseyen 6 Nisan 1836 tarihli (D. P. 1836.1.178) ve 2 Ocak 1872 (Dalloz, P. 1872.1.119) tarihli kararlarını zikredebiliriz. Bu sonuncu kararın rapor-törlüğünü yapmış olan büyük hukukçu *Rau* muhakemesini şu suretle yürütmektedir:

«Medeni Kanununun 1356 ncı maddesi ikrarın bir yandan mukirre karşı kat'i ve kanuni bir beyyine teşkil ettiğini söylemiş, diğer yandan da ikrarın tecezzi ettirilemeyeceğini ifade etmiştir. Demek ki ikrar yine kat'i ve kanuni bir beyyine teşkil etmek üzere parçalanamaz; fakat o kadar; daha ileri gitmekte ve kaideyi indii bir şekilde genişletmekte mâna yoktur. Şu halde ikrarın kanuni bir delil teşkil etmemek üzere ezcümle sadece tahriri bir beyyine başlangıcı verecek şekilde tecezzi ettirilebileceğini kabul etmek lâzımdır.»

Görülüyor ki Fransız hukukçusu bu neticeye ulaşabilmek için kanun metninin ortaya koyabileceği mâniî yenmeğe çalışmaktadır. Fransız Medeni kanunu bir çok bakımlardan bir kopyası olan Belçika Medeni kanununda da aynı madde yer aldığı için olacaktır ki aynı mevzuda Belçika mahkeme içtihatları ezcümle Bruxelles ve Gand İstinaf Mahkemelerinin görüşleri arasında, Fransada olduğu gibi bir mübâyenet husule gelmiştir. (Gand 27 Mart 1845 ve Bruxelles 17 Şubat 1882 Dalloz, Répertoire 1891 cilt 11, sahife 269).

Bu mukayeseden çıkaracağımız umumî netice, ikrarın tecezzisi gibi ince tefriklere yol açan mevzuların kanun hükmüne bağlanmasının fay-



dadan çok mahzur tevlit ettiğini müşahadededen ibarettir. Filhakika, kanun metninin tazyikini duyan mahkemelerin bu sebeple içtihatlarına rasyonel esaslara ve pratik icaplara göre uygun bir cereyan verememesinden korkmak belki de bir dereceye kadar yerindedir. Esasen H. U. M. K. nunumuzun lâyihasında ikrarın ademi tecezzisi hakkında şöyle bir madde sevkolunmuştu:

«... İkrara müterafik olarak serdedilen evsaf ve şerait ile doğrudan doğruya mukarunbihle irtibatı bulunan müdafaat gayri kabili tefrik ve inkisamdır. Ancak hasım tarafı bu evsaf ve şeraitin hilâfını yahut ikrara istinaddan sarfı nazarla asıl davayı ispat edebilir. Maahaza ikrara müterafik olarak serdedilen evsaf ve takdirat mukarunbihle mütenakız veya aklen veya âdeten gayri muhtemel veya kizbi zahir olduğu takdirde mahkemece ikrar tefrik ve taksim olunarak mukir ilzam olunabilir.»

Fakat daha ziyade ilmen ve içtihat yolu ile halli gereken bu gibi meselelerin kanun metnine ithali, teşri tekniği bakımından uygun görülmediği için şimdi zikrettiğimiz hükümler kanunumuzda yer almamıştır. Esasen şayanı dikkattir ki, kanuna girmeyen bu hükümler birçok ahvalde şimdi dahi değerli bir tefsir kaidesi teşkil etmekle beraber, ikrarın tahriri bir delil başlangıcı sayılabileceğine dair bir kayıt ihtiva etmemektedir. Demek ki, ne kadar geniş düşünmeğe çalışılırsa çalışılsın bazan, mahkeme içtihatları kanunu koyucusunun ve doktrininin tasavvur ettiği hudutların dahi ötesine geçerek, hâdiselerin bünyesine uygun mes'ut gelişmeler kaydetmeğe muvaffak olabilmektedirler. Bu bakımdan müellifler mahkeme içtihatlarının yaratıcı kuvvetinden bahsetmekte haklıdırlar.

İşte her halde bir kanun metninin tazyikini duymadığı için olacaktır ki, Yargıtayın içtihadı, münferid hâdiselerin halli dolayısıyla, yukarki satırlarda tespit ettiğimiz gibi mantıklı ve ahenkli bir seyir çizebilmiştir. Ancak itiraf etmek lâzım gelir ki Türk sisteminde başlıca karanlık nokta, tediye defini ihtiva eden ikrarların bölünmesine cevaz verilmesidir. Tenkidini yaptığımız tevhidî içtihat kararında yer almış, ve bizzat Yargıtay üyelerinin ve bu meyanda değerli Başkan sayın Şemseddin Temizer'in şiddetli tenkidlerine maruz kalmış olan bu hatâlı hal tarzının nihayet bir gün gelip terkedileceğini bir temenni olarak ileri sürebilir ve yazımıza böyle bir ümit ve dilekle nihayet vermek isteriz [7].

**İlhan E. POSTACIOĞLU**

[7] Yazımızı bitirdikten sonra B. Şahap Arıcı'nın nesretmiş olduğu Yargıtay içtihatlarına göre Hâsiyeli Ticaret Kanunu eserine muttall olduk. Yüksek Mahkememizin birçok gayri müntesir kararlarını takdir ve şükranla lâyık bir himmetle yayın sahasına koyan Şahap Arıcı, tevhidî içtihat kararına ekseriya yanlış mâna verilerek tediye

tefinden bulunan mukir in dalma bu def'ini ispatla mükellef tutulduğu şeklinde anlaşıldığını yazmaktadır. (Nitekim muhterem *Şemseddin Temizer*, ve birçok muellifler gibi biz de kararı bu şekilde anlamıştık). Sayın Arıç izahatına devamla diyor ki: «Eğer bu karar dikkatle tetkik edilecek olursa bu mânada olmadığı anlaşılır. Bu mevzuun tevhidî içtihadı sevkine âmîl olan hâdisede, davalı taraf davayı ikrar mahiyetindeki ifadesinin hitamından bir müddet sonra tediye definde bulunmuştur. Bu tediye defî ikrarla beraber dermeyan edilmiş ve bu suretle ikrarın şumulüne dahil bulunmuş olmadığından, bu tevhidî içtihat kararında ikrarın tecezzi etmemesi kaldesinin bu hâdiseye tatbiki mümkün olmağı tebarüz ettirilmiştir.» (Sah. 354)

İtiraf etmek lâzım gelir ki tevhidî içtihat kararının metninde (İkrar mahiyetinde olan ifadesinin hitamında sonradan tediye vukuunu ispat sadedinde vaki vaki definin kendisine ispat ettirilmesi icap eder) tarzındaki ibarenin mevcudiyetine rağmen mezkûr kararın yukarıda izah edildiği şekilde anlaşılması biraz hayret uyardırmaktan halli kalmaz. Filhâkika, böyle bir meselenin ikrarın tecezzisi çerçevesinde vazolunması haddi zatında beklenemezdi. Şu itibarla ki, cevap lâyhasında davanın mesnedi olan hâdiseyi ikrar eden tarafın bilâhare yani müteakip bir celsede tediye defini ileri sürmesi, hasmın muvafakati olmaksızın müdafaa sebeplerini genişletmeyeceğine göre, esasen mesmu olmaması ve bundan böyle def'ini bilâhare ancak müstaklil bir dava ile dermeyan eylemesini iktiza ettirir ki, böylelikle def'in ispatı külfeti - ikrarın ademi tecezzi kaldesinin tatbik veya ademi tatbiki mevzuu bahsolmaksızın - tabiatile kendi omuzlarına intikal etmiş olur. (Nitekim Genel Kurulun 3-4-1940 kararı Öktem Zeyil S. 63) B. Şahap Arıç'ın ihtimal aynı zamanda Yargıtay kartonlarını göz önünde tutarak verdiği izahat ve şimdi ileri sürdüğümüz mülâhazalar müvacehesinde öyle gözüküyor ki tevhidî içtihat kararının mevzuu müdafaa sebeplerinin genişletilmesine hasmın müsaade ettiği davalarda mukir tarafından ikrarı müteakip ayrı bir celsede ileri sürülen tediye definin ayrıca ispatı lüzumu gibi çok hususî bir meselenin haline münhasır kalmaktadır. Şunu ehemmiyetle kaydedelim ki Ticaret Dairesinin 26-10-1945 ve 3-1-1946 tarihli kararları (Arıç No. 694 ve 695) tediye defini havli ikrarların bölünemeyeceğini kabul ettiğine göre tevhidî içtihat kararının Şahap Arıç'ın izah ettiği şeklindeki tefsirini desteklemiş bulunuyor. Bu itibarla, tevhidî içtihat kararı tenkid ettiğimiz mâna ve şumulünü kaybetmiş gözükmektedir ki bunu temenni etmiş bir hukukçu sıfatıyla bundan ancak sevinç duyabiliriz.

Nihayet teferruata müteallik olmak üzere Şahap Arıç'ın kitabından şunu da ayrıca memnuniyetle öğreniyoruz ki davacı davasını ispat ettikten sonra iddianın müstenit olduğu vakıyı müdafinin ikrar edip bu iddiayı hükümden düşürecek başka bir hâdiseyi defî makamında ileri sürmesi takdirinde bu def'in ispat külfetinin mukire düşeceği yolundaki hal tarzının, ikrarın ademi tecezzi kaldesini çignemeyeceği hakkındaki noktaî nazar, Yargıtay Ticaret Dairesinin 20-10-1945 tarihli kararile tamamen kabul edilmiştir. (Arıç No. 841)