

Birinci Rapor

BEYYİNE MÜKELLEFIYETİ

Prof. İsmail Hakkı KARAFAKİH

1. Beyyine mükellefiyeti, taraflardan birinin iddia ettiği hakka mesnet olan maddî ve hukukî vakıaların isbatı mükellefiyetidir. Medenî Kanunumuzun 6 ncı maddesinde esas kaidesini bulan bu prensip, eski medenî hukukumuzda benzeri bir madde ile ifade edilmiş bulunmakta idi. Ancak Medenî Kanun (kanun hilâfını emretmedikçe taraflardan her biri iddiasını isbata mecburdur) demesine mukabil, Mecellenin ana kaidelerini teşkil eden kavaidi külliyyenin 76 ncı maddesinde (beyyine müddei için ve yemin münkir üzerinedir) hükmünü koyuyordu, yani, dâvacının dâvasını isbat edecek şahadet ve hucyeti kaviyyeyi ikame etmek müddeiye ait bulunuyordu. (Elbeyyinetü lilmüddei velyeminü ala men enkere) hadisi şerifinden iktibas olunan bu kaide, kilise hukukunda (Onus probeandi incumbit ei qui as serit) kaidelerinin nazirini teşkil etmektedir. Eski usulü muhakematı hukukiye kanununun 68 nci maddesinde (her müddei dâvasını isbata mecburdur) fıkrasıyla Mecellenin bu kaidelerini idame etmiştir. Zannediyoruz ki, beyyine külfeti hakkındaki eski ve yeni kaidelerin her ikisi de müphem olmakla beraber şümül ve ifade ettiği mâna itibariyle aralarında esaslı farklar mevcuttur. Bununla beraber Medenî Kanunun 6 ncı maddesi de hakimlere muayyen veçhe verecek vuzuhda değildir. Noksândır. Bu noksanlık tercümesinde olduğu kadar İsviçre müelliflerine göre aslında da mevcuttur. İsviçre Medenî Kanununun 8 inci maddesi aynen tercüme edilirse, 6 ncı maddemiz şöyle olmak lâzım gelir (Kanunun başka suretle hüküm koymadığı hallerde, kendi hakkının inbias ettiği bir vakıanın vücudunu iddia eden taraf onu isbat ile mükelleftir). Zürih Hukuk Fakültesi Profesörü Guldner, bu kaideyi bir kaydın ilâvesiyle tamamlamak lâzım geleceği kanaatindedir. Ona göre madde, (kanunun başka suretle hüküm koymadığı hallerde, haklarının doğumunun veya sukutunun inbias ettiği vakıanın vücudunu iddia eden taraf onu isbat ile mükelleftir. (Max Guldner. Beweiswürdigung und Beweislast 1955, s. 26).

Mahkemelerimiz beyyine külfeti üzerinde esaslı bir surette durma-

mıştır. Hukuk muhakemeleri usulü de beyyine külfetinden ziyade beyyinenin iradı ile meşgul olduğu için usule ait içtihatlarda da müstakar bir görüşe rastlanmaz. Medenî Kanununun 6 ncı maddesini, Mecelle yönünden tefsire çalışan kararlara da tesadüf ediyoruz. Netekim Temyiz Mahkemesi II nci Hukuk Dairesi 17/12/943 tarihli bir kararında şöyle demektedir: Kaide olarak beyyine külfeti müddeiye ve yemin de diğer tarafa aittir. Bu külfetin mülkiyet iddialarında zahiri halin hilâfını ve beyyine ikame etmemiş ise yeminin zahiri iddia edene tahmil ve tevcihi iktiza eder.

Her iki metin zahiren yekdiğerine uymakla beraber, bize göre arada bir prensip ayrılığı vardır. Bugünkü hukukda tasarruf ve resen tahkik prensipleri müştereken tatbik edildiği halde evvelki hukukumuzda tasarruf prensibinin kemalile caridir. Bugün isbat mükellefiyeti bir vazife değildir. Daha ziyade, bir iddianın isbat edilmemesi halinde isbat edilecek vakıanın sabit olmuş nazariyle bakılmasını tazammun eder (Egger. Einteilung. Mad. 8, No. 12). Eski hukukumuzda (bir taraf beyyine ikamesinden âciz kalırsa, hakim mercuh taraftan beyyine talep eder, isbat ederse febiha, edemediği takdirde kendisine yemin teklif olunur. (Ömer Nasuhi Bilmen. Hukuku İslâmiye ve İstılahatı Fıkhiye. Madde 76).

Bununla beraber İsviçre Medenî Kanunu da beyyine külfetini her türlü tereddüden ari olarak tanzim etmiş değildir. Medenî Kanunda yer almış bulunmasına rağmen, nazariyatta beyyine külfetinin maddî hukuka veya usul hukukuna ait olduğu münakaşalıdır. Bunun Medenî Kanuna girişinin ilmî sisteme aykırı olduğunu iddia edenler de vardır. O nun Medenî Kanunda yer alması daha ziyade tarihî bir zarurettten doğar, sadece İsviçre Medenî Kanunları tevhit edilirken kantonların usule bu kaide hilafına hüküm koymalarını men'etmek maksadiyle o tarihe kadar tebellür eden federal mahkeme içtihadı taknin edilmek istenmiştir. (Maddenin bunun dışında görebileceği bir iş yoktur. Esas cihetine gelince, her şey muallakda kalmıştır. Egger, terc. V. Çernis). İsviçre medenî kanununun 8 nci maddesinin tanzimine saik olan mülahazalar şu suretle anlaşıldıktan sonra bizim maddemizin sadece bir usul kaidesi olması lâzım geldiği kolaylıkla anlaşılır.

2. Medenî kanuna göre, isbat külfeti sadece vakıalara dayanır. Bu külfet tarafların davadaki menfaatlerine göre değil, belki iddianın mahiyetine göre değişir. Prensip şudur: bir hak iddia eden kimse hakkına mesnet olan vakıaları, diğer taraf da hakkı kaldıran vakıaları isbat edecektir. Binaenaleyh Hakim bir davada evvelâ şu iki سوالin cevabını bul-

mağa çalışacaktır. Hangi vakıalar isbat edilecektir? İsbat külfetini kim tahammül edecektir?

Hakkı ihdas veya iskat veya hakkın doğumuna mani olan vakıalar isbat edilecektir. Bu da maddi hukuka göre tayin olunur. Meselâ, B. K. 368 e göre, yapılan iş teslimden evvel kazara telef olursa iş sahibi onu teslimde temerrüt etmiş olmadıkça müteahhit ne yaptığı işin ücretini ve ne de masrafların tediyesini istiyemez. Binaenaleyh, müteahhidin açacağı ücret davasında iş sahibi kazara telef olmayı hakkı kaldıran bir vakıa olarak isbat edecektir. Fakat, ücret işin teslimi sırasında ödenecektir (Mad. 81). Bu itibarla müteahhit malın teslim edildiğini yahut iş sahibi tarafından verilen malzemenin kusurundan veya imal tarzı hakkında verdiği emirden dolayı telef olduğunu isbat edecektir. Kezalik, meşru müdafaa halinde, müdafaa def'i hakkı kaldıran değil, belki doğmuş olan bir hakka nihayet veren bir vakıa olarak isbat olunacak ve meşru müdafaa şartlarının vücudunu isbat mevkiine düşecektir.

Yeni hukukumuz beyyine külfetinin tevziinde hakime geniş selâhiyet tanımıştır. Hakim, beyyine mükellefinden delillerini istemekle beraber hakkın vücuda gelmesi için zaruri bulunan bütün şartların varlığını isbat etmesini isteyecek değildir. Hakim ,mevcut bulunan, diğer ifade ile, dosyadan anlaşılan hususları isbat ettirmeyecektir. Çünkü (davanın bütün neticesi mücerret davacının isbat külfet ve iktidarına bırakılırsa fiiliyatta hukuki takiplerin bir çoğu ümitsizlik ve imkansızlıkla karşılaşır) bu itibarla hakim, tabii karineleri nazara almakla mükelleftir. Bir kimsenin temyiz kudretini haiz olmasının asıl olduğu, beyanın esas itibariyle ciddiyetle yapılmış telâkki edilmesi gibi. Kezalik normal olarak tesbit edilen vakıaların da isbat edilmesine lüzum yoktur. Sadece müşahhas hadisenin gayritabiiliğini iddia eden onu isbat ile mükelleftir. Binaenaleyh, mukavelede muvazaa bulunmadığı daima mefruzdur. Bu hüküm, Mecellenin 77 nci maddesindeki (beyyine hilafı zahiri isbat içindi) kaidesinin mütenazır emsalini teşkil eder. Nitekim Temyiz umumi heyeti 11 / 3 / 930 tarihli kararında (çayırkların müddeabih sudan su almaları asıl olup M. K. 6 gereğince aksini müddei isbat edecektir) demekle M. K. 6 ncı maddesini Mecelle mefhumu içinde mütalâa etmiş bulunmaktadır.

Hakim maddi vakıaların takdirinde M. K. 4 gereğince hakkaniyet mülahazalarıyla hareket edeceği gibi beyyine külfetini tevzi ederken de adalet kaidelerini kendi tecrübesinin ışığı altında tatbik ile mükelleftir. Nitekim Federal mahkeme 4 / 12 / 951 tarihli bir kararında (babalık dâ-

vasında şüpheli devrede kadının başka bir erkek ile doğrudan doğruya cinsî münasebette bulunduğunun isbatına lüzum olmadığını, belki hakimin umumi tecrübesine göre hal ve şartlardan böyle bir münasebetin vücudunu tesbit kâfi olduğunu) beyan etmektedir (RO II 292). Mahkemelerimiz ise bu hususda nadiren kendi salâhiyetlerini hatırlamakta ve umumiyetle beyyine külfetini tevzi ederken serbest tasarruf prensibini bütün şümûliyle tatbik etmektedirler. Görülüyorki Medeni Kanunun koyduğu bu prensip kısırdır. Beyyinenin tevcih ve tercihinde Mecelle kaidelerine müşabih hükümlere ihtiyaç vardır.

3. Mücerret dâvacının iddiası sabit olmayınca dâvalının iddiası sabit sayılmayacağı gibi, dâvacının iddiasının sübutu ile dâva bitmiş olmaz. Eski hükümlere göre dâvalının bir yemin teklifine hakkı kalırdı. Yeni usul hukukumuzda göre (Mad. 239) delil ikamesiyle mükellef olan tarafın iddiasının hilâfını isbat için hasmı delil getirebilir. Fakat mücerret bu talebile beyyinenin kendisine müteveccih olduğunu kabul etmiş addolunamaz. Binaenaleyh vazifesini bilen hâkim, dâvayı hal için evvelâ dâvacıdan delil istiyecektir. Hiç bir delil getirmemiş dâvacıya karşı dâvalının delillerini toplamayacaktır. Çünkü dâva olmadan cevap olmayacağı gibi esas delil getirilmeden mukabil delil de dinlenemez. (Rosenberg. Die Beweislast. 4. Auflage sf. 72). Ancak burada usul kanunumuz Medenî kanunla çatışmaktadır. Gerçek M. K. 7 nci maddesi gereğince resmî sicil ve senetlerin doğru olmadığı sabit oluncaya kadar münderecatı ile amel olunur ve doğru olmadığını isbat hiç bir hususî şekle bağlı değildir. Halbuki H. M. U. 290 nci maddeye göre senede karşı vaki her nevi iddialar, eğer iddia beş bin kuruşu tecavüz ediyorsa, yine senetle isbat olunmak lâzımdır. Burada da Medeni Kanun prensibinden uzaklaşmış oluyoruz. Medeni hukuk şarihlerimiz bu aykırılığı maalesef eserlerinde tebarüz ettirerek bir sureti tesviye göstermemişlerdir.

Binnetice beyyine bahsinde iki hususu yekdiğerinden tefrik etmelidir: Medeni Kanuna göre, dâvalı hakkın doğumuna mani olan vakıaları isbat mükellefiyetinde bulunmakla beraber dâvacının, hakkın doğumuna müteallik irat ettiği delillerin hilâfını da isbat edebilir. Ancak mahkemelerimiz bu son imkânı, tarafa güçlkle tanımaktadırlar. Böyle bir talep karşısında diğerk taraf dâvanın tevsi edildiği itirazını sürmekte ve mahkemelerimiz de bu itirazı kabul ederek usulün adı geçen hükmünü tatbiksiz bırakmaktadırlar.

4. Medenî Kanunun koyduğu bu prensibi tamamlayan diğerk bir hüküm de hakimin delilleri serbest takdir salâhiyetini haiz olmasıdır. Bu takdir salâhiyeti beyyine külfetinin tevziinde olduğu gibi getirilen delillerin

ilzam kuvveti, yani, iddia olunan vakianın mevcut olup olmadığına dair kanaatini tâyinde de mevcuttur. Ancak kanunlarımız bu hususta hakime bir veche verecek esasları da ihtiva etmemektedir. Federal mahkeme içtihatları da aydınlatıcı değildir. Medeni Kanun müteferrik bazı istisnai kaideleri ihtiva etmekle beraber beyyinelerin tercihinine dair hüküm bulunmaması bir noksandır. Meselâ dâvacının ikame ettiği alacak dâvasına karşı dâvalı, borçlunun bir ibraname gösterdiğini ve dâvacının bu ibranamenin iddia olunan alacağa taalluk etmediği itirazında bulunduğunu tasavvur edelim. Beyyine kime teveccüh eder? İcra ve iflâs dairesi (dâvalı ibranamenin başka alacağa taalluk ettiğini beyan etmesine göre alacaklıya başka alacağı olduğu tesbit ettirilmek ve edemediği takdirde ibranamenin alacağa şümülünü kabul etmek lâzım geleceğinden bahsile) nakzetmiş, temyiz umumî heyeti ise 18 / 4 / 1951 tarihli kararında (ibranamenin, dâvanın konusundan başka bir senede ait olduğu senet münderecatı ile sabit olduğundan bahsile bunun aksi- nin isbatı külfetini dâvalıya) tahmil eylemiştir. Şu görüşlerin her ikisi de müdafaa edilebilir. Her ne kadar dâvalı hakkı kaldıran bir vakıa ileri sürmesi dolayısıyla isbat külfeti kendisine teveccüh eder görülmekte ise de ibranın şümülü olmadığı kabul edildikten sonra yine dâvalıya beyyine külfetinin tahmilinin sebebi anlaşılammıştır.

Delillerin ilzam kuvvetini tâyin hususunda mahkemelerimiz kanunun kendilerine tanıdığı takdir hakkını çok geniş tefsir etmekte ve hattâ suiistimal eylemektedir. İsviçre'de bazı kantonlar, beyyineyi takdir ederken tarafların vaziyetlerini, birinin cevabtan imtinasını veya suiniyetini, ifadelerin doğru görüp görünmediği nazara almakta hakimi muhtar bırakmış (Bern kantonunda olduğu gibi), bazıları da mücerret ibraz edilen delillerle hâkimi takyit eylemiştir (Vaud kantonu gibi). Fakat hakime en geniş salâhiyet tanıyan kantonlarda da hakim kanat edtim demesi kâfi değildir (Hakim kanatını makul ve objektif delillere istinat ettirmelidir. Çünkü kanat serbestliği keyfilik değildir - Freiheit der Überzeugung ist nicht Willkür. Leuch. Die Zivilprozessordnung Mad. 219). Her ne kadar federal mahkemesi içtihatlarında delâilin takdirinin ilk derece mahkemesine ait olduğuna dair mütelâalara tesadüf edilmekte ise de bu ancak federal hukuk yönünden doğru görünür. Çünkü esasen her kantonda her karar derece mahkemelerinden geçmektedir. Meselâ, şuf'a dâvasında dâvalının dâvadan bir ay evvel ittıla ettiğine veya mirastan mahrumiyet dâvasında dâvalının müteveffayı tahkir eylediğine dair gösterilen şahidin ifadelerine dayanarak hakim, kanat getirdim, demesi kâfi midir? Temyiz mahkemesi içtihatlarında bu hususta da bir

istikrara tesadüf edilmiyor. 8 / 2 / 939 tarihli kararında temyiz umumi heyeti bu noktayı gözönünde tutarak (delillerin serbestçe takdiri mahkemenin salâhiyeti cümlesinden bulunmuş ise de bu salâhiyeti istimal edenler ibraz olunan delillerin diğerlerine tercihine medar olan cihetleri muvazzah bir surette kayıt ve irat etmesi muktazi iken ...) diye bir kararı nakzeylediği halde 18 / 12 / 1955 tarihli kararında (delâili takdir salâhiyeti hâkime mevdu bulunmasına binaen ısrar kararı) tasdik eylemiştir. Son zamanlarda (Beweislast) adıyla bir eser neşreden Prof. Guldener şöyle diyor: (Mahkeme kendi kararında vakıaları ne şekilde kabul ettiğini bildirmelidir, sadece kanaat ettim demesi kâfi değildir. Bu yapılmadıkça hakimin kararı kontrol edilemez). Hatta Bern usul kanunu, hakim delilleri yanlış olarak takdirini bir iptal sebebi olarak kabul eylemiştir.

Netice olarak diyebiliriz ki İsviçre Kanunu ile kabul ettiğimiz usul hükümleri henüz memleketimizde vazıh bir hal almamıştır. Kaideleri tefsir ederken ya eski itiyatlarımıza ve evvelki hukukumuzaya uyararak dar çerçevede mahsur kalıyoruz, yahut elimizden tutanın da önüne geçerek hedeften uzaklaşıyoruz. Mutedil ve ilmî cereyanlara uygun tefsirler, ancak bilgili ve tecrübeli hâkimlerle mücehhez işi az mahkemelerden beklenebilir. Zannediyoruz ki, bu intizar daha çok uzun sürecek.