

FİİLİ KARİNELERİN İSPAT YÜKÜNÜN DAĞILIMINDAKİ ROLÜ

*Arş. Gör. Sema TAŞPINAR**

GİRİŞ

Karine, henüz yeterince aydınlatılmamış, karışık ve karanlık bir kavramdır.

Karine, adaletin işlemesine yarayan teknik bir yöntemdir. İspat sorununu daha kolay çözmeye yardımcı olur. Karine, bir kesinlik aracı, hukuk kuralının oluşması için gerekli öğelerin sayısını azaltabilmeyi olanaklı kılan bir yoldur. Sadeleştirici ve kolaylaştırıcı bir indirgeme aracıdır. Varsayımdan daha güçlüdür. Temelinde bir olasılık veya bilgi görgü düşüncesi yatar. Aynı olayların tekrarı karinenin dayanağıdır. Aynı zamanda karine, bilinen bir olaydan bilinmeyen bir olay hakkında sonuç çıkarmak şeklinde bir düşünüş biçimidir de denilebilir¹.

Karinenin gerçekten zor ve anlaşılmaz bir kavram olduğu açıktır. Böyle bir kavramın hukuk alanına, özellikle ispat hukuku alanına taşınmasının zorlukları da açıktır. Sınırlarının yeterince belirlenmemesi, objektif ölçütlerin bulunmaması ve sonuçta bir olasılık (büyük sayılar kanununa göre) değeri taşıması, sorunu oluşturan birkaç etmendir. Her ne kadar hukuki ispat, bilimsel bir ispattaki kesinliği taşımaz ve taşıyamaz ise de, hakim kanatının oluşması son derece önemlidir. İşte bu kanaati oluşturan en önemli etmen ise hakim içinde bulunduğu çevreden edindiği bilgiler ve hayat tecrübeleridir. Henüz tanım yapmadan şu kadarını söylemeliyiz ki, bu çalışma, hayat tecrübesi kurallarının ispat hukukunda, özellikle de ispat yükünün dağılımındaki etkisini ortaya koymaya çalışacaktır. Yeterince kavramsal açıklığın bulunmadığı bu alanda çalışma, sa-

* A.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı.
1. Cengiz Koçhisarlıoğlu: Karine ve Borçlar Kanununun 96. maddesindeki Kusur Karinesi, Yargıtay Dergisi, C. 10, Temmuz 1984, S. 3, s. 272-273.

dece bir kavram kargaşası bulunduğunu ve çok net ölçütlerin olmadığını ortaya koyabilecektir.

I. HUKUKTA KARİNE KAVRAMI

A. Genel Olarak

Karine sözlük anlamıyla şöyle tanımlanmaktadır: "Karışık bir iş veya meselenin anlaşılmasına ve çözümlenebilmesine yarayan iz, ipucu; bir durumun anlaşılmasına yardım eden hal, belirti"². Karineler, bir hukuki durumun aydınlanması, bir hukuki görüşe güvenin korunması veya muamele hayatının özel gereklerinin karşılanması şeklinde bir ispat zorunluluğunu kaldırması yahut kurumların varlığının korunması gibi çeşitli amaçlara hizmet eder³.

Hukukta karine, bilinenden bilinmeyi çıkarılabilmeye yarayan hukuki istidlallerdir⁴. Daha geniş olarak ise karineyi, varlığı bilinen olumlu veya olumsuz bir olaydan, diğer olumlu veya olumsuz bir olayın, bir hukuksal durumun varlığı veya yokluğu sonucunun çıkarılmasına olanak veren kural olarak tanımlamak mümkündür⁵.

Bu sözettiğimiz kurahın bizzat kanun veya hakim tarafından çıkarılmasına veya kanunda düzenlenip düzenlenmemesine göre karineler kanuni ve fiili karineler olmak üzere ikiye ayrılır.

B. Kanuni Karineler (Gesetzliche Vermutungen)

Kanuni karine, belli bir olaydan belli olmayan olay için kanun tarafından çıkarılan sonuçlardır⁶.

Doktrinde kanuni karineler, kendi içlerinde aksinin ispat edilip edilememesine göre veya bir hakkı, olayı göstermelerine göre çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Bunlardan birisi karinelerin aksi ispat edilemeyenlerinin kesin, diğerlerinin adi karine sayılması şeklindedir⁷. Diğer bir ayırım ise karineleri hak karineleri ve olay karineleri şeklinde ayırmaktadır.

2. Meydan Larrousse, C.7, s.13.

3. Meydan Larrousse, C.7, s.13.

4. Ejder Yılmaz: Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 1992, s.482.

5. Bilge Umar/Ejder Yılmaz: İspat Yükü, İstanbul 1980, s. 165.

1. Kanunî Hak Karineleri

Bir hakkın veya hukuksal ilişkinin var olduğu veya olmadığı hakkında bir sonuca varılması sonucunu doğuran kanuni karinelerdir. Bunların hareket noktası, daima bilinen veya saptanmış bir olaydır. Örneğin MK. m. 898'de zilyetliğin mülkiyete karine olduğunu belirten hüküm böyledir. Yine MK. m. 899 ve MK. m. 905 birer hak karinesi getirir⁸.

2. Kanunî Olay Karineleri

Belli bir hukuksal sonucun doğumu için varlığı gerekli olumlu ve olumsuz olayın gerçekleşmiş olduğunun, var olduğu anlaşılabilir fakat bu hukuksal sonuçla ilgisi olmayan başka bir olaydan çıkartılmasına olanak tanıyan kanun hükümleri, olay karinelerini oluşturur. Ölüm karinesi (MK. m. 30), sahil olmayan nesep karinesi (MK. m. 241) ve MK. m. 244/I, II ve MK. m. 301'deki karineler böyledir⁹.

Doktrinde ve kanunda kendilerine karine denilen her kuralın da karine olmadığı belirtilmelidir. Nitekim, MK. m. 3'de iyiniyet karinesi denen kural bir karine değildir. Zira böyle bir sonuç çıkarılmasına elverişli herhangi bir olay bilinmese de, belli durumlarda subjektif iyiniyetin varlığı kabul edilmektedir. Yine MK. m. 28/II'deki aynı zamanda ölüm karinesi de teknik anlamda bir karine değildir. Çünkü, ölümlerin sırası saptanamazsa başka bir olayın bilinmesi gerekmez, ölümlerin aynı zamanda olduğu kabul edilecektir. Bu tür karinelere, "sözde karine" denir¹⁰.

Varsayım kavramı da karineden farklıdır¹¹. Varsayım, (a) olayı için saptanmış hukuki sonucu (b) olayına da bağlayan ve hukuki

6. İlhan Postacıoğlu: Medeni Usul Hukuku, 1711 sayılı Kanuna göre yazılmış 6. Baskı, İstanbul 1978; Baki Kuru: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 5. Baskı, C. 2, İstanbul 1990, s. 1382 vd.; Necip Bilge/Ergun Önen: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 505-507.

7. Kuru, s. 1382.

8. Umar/Yılmaz, s.170.

9. Umar/Yılmaz, s.167.

10. Umar/Yılmaz, s.168; Seyfullah Edis: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Gözden geçirilmiş 4. bası, Ankara 1989, s. 282.

11. Varsayım, ispat yükü sorununu düzenlemek için konulmuş değildir. Varsayım (b) olayının varlığı, belli bir hukuksal sonuç bakımından (a) olayının yerine geçer. Oysa kanuni olay karinelerinde bir (b) olayının varlığından yalnız, olumlu veya olumsuz (a) olayının varlığına sonucuna varılır. Varsayım ve karinede (a) olayı ile (b) olayı arasında kurulan bağlantının içeriği ve amacı farklıdır. Ancak ispat konusunda kesin karine ve varsayım arasında fark yoktur. Umar/Yılmaz, s.169.

sonuç bakımından (b) olayını (a) olayına eşit gören bir hukuk kuralıdır. İİK. m. 278'e göre borçlunun belli hukuki işlemleri, iptal davası açılabilmesi bakımından bağışlama ile bir tutulmaktadır. Doktrinde bu hükmün kesin karine olarak kabul edildiği görülmektedir¹².

C. Fiili Karineler (Tatsaechliche Vermutungen)

1. Kavram

Fiili karineler, hukuk kuralı olmamaları (kanun tarafından düzenlenmemiş olmaları), terminolojik olarak yeterince açık olmamaları nedeniyle kurum olarak reddedilmekte¹³; bu nedenle pek çok yazar tarafından kanuni karine kavramıyla karıştırılmaması, hatta onları çağrıştırmaması için farklı kavramlar kullanıldığı görülmektedir¹⁴. Gerçekten de fiili karine yerine beşeri karine, tecrübe kuraları, doğal karine, yargısal karine, tecrübe karinesi, yaşam karinesi, gerçek olmayan karine de denildiği görülmektedir¹⁵.

O halde fiili karine kavramını tanımlamak istersek şunları söyleyebiliriz:

Bilinen vakılardan bilinmeyenler hakkında kanunen değil aksine hakim tarafından çıkarılan sonuçlardır¹⁶. Bir hukuk kuralı ile bağlı olmaksızın, hakimin insanlar ve yaşam konusundaki tecrübelerinden yararlanarak belli olmayan vakıalar hakkında sonuç çıkarılmasıdır¹⁷. Veya fiili karineleri, tarafların olay iddialarının doğruluğu veya bir delilin güvenilebilirlik derecesi hakkında hakimin kanaat edinmesine yarayan, yaşam tecrübelerinin ortaya koyduğu, hukukla ilgili bulunmayan değer hükümleridir¹⁸ şeklinde tanımlayabiliriz.

12. Postacıoğlu, s. 529.

13. Leo Rosenberg/Karlheinz Schwab: Zivilprozessrecht, 14. Auflage, München 1986, s. 713; Otto August Daenzer: Die Tatsaechliche Vermutung, J. Bensheimer 1914, Mannheim, Berlin, Leipzig, s. 2^ode yer alan görüşler.

14. Markus Guggenbühl: Die gesetzlichen Vermutungen des Privatrecht und ihre Wirkungen im Zivilprozess, Schultess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1990, s. 16, dpn. 52.

15. Guggenbühl, s. 16; Umar/Yılmaz, s. 165; Oskar Vogel: Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1992, s. 232; Kummer: Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. Auflage, Verlag Staempfli, Creag 1984, s.141.

16. Guggenbühl, s. 16; Kuru, s. 1380; Bilge/Önen, s. 505; Vogel, s. 232; Kummer, s.141; Hans Joachim Musielak/Max Stadler: Grundfragen des Beweisrechts, Beweisaufnahme- Beweiswürdigung-Beweislast, München 1984, s. 139 dpn. 35.

17. Edis, s. 372-373; Postacıoğlu, s. 528.

18. Umar/Yılmaz, s.165.

Yasal düzenlemelerin bulunmadığı, aksine hakim tarafından tecrübe vasıtasıyla elde edilen fiili karine hakkında Fransız MK'nu bir düzenleme getirmiştir¹⁹. Buna göre, "Kanunun tasrih etmediği karineler hakimin takdir ve basiretine bırakılmıştır. Hakim ancak kuvvetli, sarîh ve birbirini tutan karineleri hukuki muameleye hile hud'a sebebiyle itiraz edilmesi hali müstesna olmak şartıyla kabul edecektir" (Fransız MK. m. 1353)²⁰.

Yukarıda da belirtildiği gibi Türk hukuku gibi Alman ve İsviçre hukuk sistemleri de fiili karineye özel bir yer vermemiş (hatta kavram olarak reddetmiş) ancak buna rağmen hukuka etkisi de görmezden gelinmemiştir.

Fiili karinenin herşeyden önce usul hukukuna özellikle de ispat hukukuna ait olduğu kabul edilmektedir²¹. Bir davada mutlak, matematik olarak bir iddiadan emin olunamaz. Böylesi mutlak gerçeklikler o kadar azdır ki, dikkate alınmaz²². Fiili karineler herşeyden önce somut ihtilaflarda gereklidir. İddia edilen bir olayın gerçekten o tarz ve şekilde olup olmadığını anlamak için somut olaylarda ispat zorluklarında hakime yardım eder²³. Fiili karineler mahkeme pratiğinde tipik görünümelerini genel yaşam tecrübelerinde bulurlar. Doğrulukları somut olayda hakim tarafından değerlendirilir. Vakıca tipik bir olayın devamlı tekrarını gösterir; genel ve soyut bir karakter taşır. Bu nedenle bunlar hukuk kurallı değildir. Sadece tecrübe değerlerini olasılık olarak gösterirler. Bütün tecrübe kuralları genelleştirilemez, 100 defa olan bir olayın 101. kez olması gerekmez. Yani yaşam tecrübesi şu koşul altında geçerlidir: Eğer olaylardan başka bir şey çıkmazsa. Bundan dolayı her fiili karine sadece sınırlı bir geçerliliğe sahiptir²⁴.

Fiili karinelerin hakimin delil değerlendirme serbestisi alanında (HUMK. m. 240/ZPO. § 286) önemli olduğu, esas itibarıyla bu alana ait olduğu çoğunlukla ileri sürülmekle birlikte²⁵, bunun ispat

19. Fransız hukukunda karinenin bir delil tipi olduğu da hatırlanmalıdır. Haluk Konuralp: Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 1986, s. 8.
20. M.P. Fabreguettes: Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı, Ankara 1945, (Adalet Bakanlığı çevirisi), s. 169.
21. Daenzer, s. 6.
22. Daenzer, s. 7.
23. Guggenbühl, s. 18.
24. Guggenbühl, s. 17; Daenzer, s. 5.
25. Umar/Yılmaz, s. 165-166; Guggenbühl de bunu baskın görüşe dayanarak ifade etmekte, fiili karinelerin ispat yükü ile ilgili sonucunun da atlanamayacağını belirtmektedir. (Guggenbühl, s. 17).

yükü ile olan ilişkisine değinilerek delil değerlendirmedeki etkisi bu çalışmaya konu edilmeyecektir. Ancak her fiili karinenin kaynaklandığı bir tecrübe kuralından söz ettiğimize göre tecrübe kuralları ve kuralların uygulandığı, geçerli olduğu ve fiili karine kavramı ile benzeyen ve diğer bazı kavramlara değinmek de gerekmektedir.

2. Fiili Karinelere Benzeyen ve/veya Bunlarla İlişkili Diğer Bazı Kavramlar

Alman doktrinde dört durumun birbirinden ayrılması gerekliliği üzerinde durulmaktadır. Buna göre kusurun (ihmalin) ispatı ile ilgili olan prima facie Beweis (Anscheinbeweis-ilk görünüş ispatı), herhangi bir fiili iddianın ispatına dayanan fiili karine (tatsaechliche Vermutung), belirli içerikte koruma kanunlarına karşı objektif aykırılıkta kusur ve illiyetin ispatında ispat yükünün ters çevrilmesi ve akdi tazminat taleplerinde ispat yükünün dağılımı konuları ayrı düşünölmelidir²⁶. İctihatlarda bütün bu durumlar ayırım gözetilmeksizin prima facie Beweis (ilk görünüş ispatı) olarak nitelenmekte ve bu kavramlar tanımlanamamaktadır²⁷.

Türk hukuku açısından bakıldığında ise ilgilendiğimiz konu açısından öncelikle her fiili karinenin temelini oluşturan tecrübe kuralları ele alınmalıdır.

a. Tecrübe Kuralları (Erfahrungssaetzen) veya Olasılık Kuralları (Wahrscheinlichkeiten)

Çok sayıda benzer anlam ve formda gözlenen münferit vakılardan, bazı bilimlerden veya teknikten alınmış genel değerlendirmeler, kurallardır²⁸. Bu kurallara göre belli olayların tekrarı sık olmalı ve tekerrürü gelecekte de beklenebilmelidir. Bu kurallar soyut ve geneldir. Ancak hiç bir zaman kesinliği değil, sadece olasılığı ifade ederler. Her tecrübe kuralının temelini kollektif (istatistiki bir yoğunluk ile) oluşturduğu söylenebilir²⁹.

26. Heinz Wassermeyer: Der prima facie Beweis und die benahbarter Erscheinungen, Münster 1954, s. 1.

27. Wassermeyer, s. 1.

28. Edis, s. 362; Wassermeyer, s. 9; Musielak/Stadler, s. 86; İsmail H. Karafakih; Vasıtalı Deliller, Ansay Armağanı, Ankara 1964, s. 172; S. Şakir Ansay: Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Ankara 1960, s. 164; Kunter, tecrübe kurallarını, doğa kanunları, matematik ve mantık kuralları gibi genel nitelikte, soyut ve tahmine dayalı hükümler olarak tanımlamaktadır. Nurullah Kunter: Muhakeme Hukuk Dalı Olarak Ceza Hukuku, İstanbul 1989, s. 605-606.

29. Musielak/Stadler, s. 86; Wassermeyer, s. 9.

Bu kuralların hiçbir zaman doğa kanunları gibi zorlayıcı güçleri yoktur. Bunlar sadece hayatın normal akışı hakkında bilgi verirler, sadece istatistiki bir nitelikleri vardır. Fakat bunlardan öyleleri vardır ki bunlar tipik ve devamlı şekilde tekrar eden durumlarda büyük ölçüde olasılığı gösterirler. Bunlara genel tecrübe kuralları denir³⁰. Ayrıca doktrinde bir görüşe göre, alelede olasılıkların karşısında nitelikli olasılıkları ortaya çıkarmak üzere yaşamın olağan akışı kavramı çıkmıştır³¹.

Örneğin, bir bina inşa etmek üzere yeteri kadar güvenlik önlemleri alınmadan temel kazılmaktadır ve bu nedenle komşu taşınmazdaki bina çökmüştür. Bir memur uzun süreden beri gereği gibi ısıtılmayan, rutubetli bir lojmanda oturmaktadır ve bu memur mafsallı romatizmasına yakalanmıştır. Bir motorlu araç yaya kaldırımına çıkmış ve bir kişiyi yaralamıştır. Bütün bu olaylarda hayat tecrübelerinden çok tipik sonuçlar çıkarılabilmektedir. Önlem alınmaksızın temel kazılırken toprak gevşeyeceğinden komşu ev çökmüştür. Yine uzun zamandan beri rutubetli, soğuk yerde oturmak romatizmaya neden olmuştur. Aynı şekilde araç sürücüsünün yaya kaldırımına çıkması kusurlu hareketi gösterir³².

O halde tecrübe kuralları, soyut, olasılıklara dayalı yaşamın çeşitli yönlerinden çıkarılan, kesinliği olmayan genellemelerdir.

b. Maruf ve Meşhur Hususlar

HUMK. m. 238/II'de "Maruf ve meşhur olan" hususların münaazaalı sayılmayacağı belirtilmiştir.

"Maruf ve meşhur" hususlar nelerdir ve bunların genel, soyut tecrübe kuralıyla bir ilgisi var mıdır?

Doktrinde maruf olmanın, mahkeme dışında dar veya geniş alanda genellikle bilinen şeyler olduğu kabul edilmektedir. Bunlar ya tarih gibi bir çok kişi tarafından bilinen veya bir kurumun yeri veya mesafesi gibi her zaman müşahedesi mümkün ve yanılma olasılığı akla gelemeyecek şeyler veya genel olup da bir itiraza maruz kalmaksızın kabul olunabilecek vakialardır. Meşhur ise herkesin

30. Arwed Blomeyer: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Takdiri, çev. Turgut Akınürk, AÜHFD. CXXV 1968, S. 3-4, s. 172.

31. Wassermeyer, s. 12.

32. Blomeyer, s. 172.

bildiği şey demektir. Örneğin, ikinci dünya savaşının tarihi, genel seçimlerin yapıldığı gün, Erzincan depremi, kızılây derneğinin varlığı veya kuruluş tarihi, resmi genelgeler, ilanlar, siciller gibi³³.

Burada çekişmeli olmayan ve ispat gereğini ortadan kaldıran konular, genel hayat tecrübeleri, fiili karineler veya yaşamın olağan akışı gibi kavramlardan farklıdır. Burada önemli olan herkesce bilinmedir; mutad veya yüksek ihtimal dahilinde olmak değildir. Maruf ve meşhur hususa dayanan tarafın iddiası (HUMK. m. 239) karşı delille çürütülebilir. Buna karşılık fiili karineye dayanan tarafın iddiasını ispat etmiş sayılacağı ve karşı tarafın bunun aksini ispat edebileceği ilerde görülecektir. Yani burada tam ispat sözkonusudur. Doktrinde tecrübe kuralları ile maruf ve meşhur hususların aynı şekilde değerlendirildikleri görülmektedir³⁴. Oysa herkese bilinme durumu onlara soyut bir nitelik vermez. Ayrıca herkesce bilinen bir konunun özellikli olması aranmaz. Buna karşılık tecrübe kuralları özel, teknik bir bilgiden çıkarılmış olabilir. Buna belirgin bir örnek Stein tarafından verilmiştir: "İmparator Guillaume o tarihte Berlin'de bulunmadığı için 1870-1871 yıllarında hükümet tasarrufu yapılmamıştır" önermesinde herkesce bilinen olgu, bu tarihte imparatorun Paris'te bulunduğuudur. Sonuç olarak hükümet tasarrufunda bulunulmaması ise, bir kimsenin aynı anda iki yerde bulunamayacağı tecrübesinden çıkartılmaktadır³⁵. Ki burada aslında fizik kurallarından çıkan, aynı zamanda herkes tarafından bilindiğinden de kuşku duyulmayan bir durum sözkonusudur. Bu iki kavramın birbirini karşıladığı durumlar olabilmekle beraber yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle birbirinden farklı kavramlardır.

c. Emarelere Dayalı İspat (İndizien Beweis)

Bazı durumlarda ispatı gereken husus doğrudan doğruya kanıtlanamaz. Örneğin zinanın ispatı çoğu kez olanaksızdır. İlişkinin gizliliği onun ispatı yerine, varlığını kabule olanak tanıyan yakın vakıaların ispatını gerektirir³⁶. Yine örneğin bir ev yanmıştır ve bu ev yüksek miktarla sigorta ettirilmiştir. Burada evin, bizzat sahibi tarafından yakıldığı kuşkusu vardır. İlk emare, ev sahibinin o zaman malî bakımdan kötü durumda olması, ikincisi yangın çıktığı

33. Karafakih, s. 172-173; Kuru, s. 1354; Bilge/Önen, s. 492; Ansay, s. 263.

34. Karafakih, s. 173; M. Reşit Belgesay: İspat Külfeti, İstanbul (tarihsiz), s. 7-8.

35. Ömer Sivrihisarlı: Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul 1978, s. 97 dpn. 124.

36. Saim Üstündağ: Medeni Yargılama Hukukunun Esasları, İstanbul 1989, s. 606.

gün evin sahibine iki bidon benzin satmış olan benzin istasyonu sahibinin ifadesidir. Ancak bu emarelerden çıkan sonuç her zaman kuşkuludur. Malikin para sıkıntısı geçici olabilir, benzine kendi otomobili için ihtiyacı vardır veya evi ateşe veren onun kişisel düşmanıdır³⁷. Burada sorun bu tecrübe kurallarının her birinin somut olaydaki olasılık değeridir³⁸. Emarelerden bir vaktanın varlığı sonucunun çıkarıldığı hallerde hiç kimse bu vaktayı doğrudan doğruya ispat edebilecek durumda değildir. İşte bu nedenle bazı komşu (civar) vakıaların ispat edilebilmesi de tecrübe kurallarının yardımı ile gerçekleşir³⁹.

Görüldüğü gibi burada herşeyden önce bir ispat güçlüğü vardır ve tecrübe kurallarına ihtiyaç duyulur. Yani fiili karinelerin kullanıldığı bir alandır. Türk hukukunda bulunmayan ilk görünüş ispatı (Anscheinbeweis, prima facie Beweis)nin da emarelere dayalı ispat olduğu söylenmiş, özel niteliği reddedilmiştir⁴⁰. Buna karşı ise aşağıda kısaca değinileceği üzere, emarelere dayalı ispatta olayın her ayrıntısının incelendiği, ilk görünüş ispatında ise sadece münferit yönlerin değerlendirildiği söylenmiştir. İlk görünüş ispatı, ispat yükü kuralı olarak olayın bir kısmını etkiler. Bu da davacının olayın tamamını değil, aksine sadece bir kısmını ispat etmek zorunda olduğunu gösterir. Her iki ispat da tecrübe kurallarından yararlanır. İlk görünüş ispatı da emare ispattır. Ancak konusu bir hukuki ilişkidir. Ayrıca yüksek mahkemeye göre emare ispatta boşluk (belirsizlik-non liquet) olmaz, ancak ilk görünüş ispatı kural olarak belirsizlik (non liquet) içerir⁴¹.

d. İlk Görünüş İspatı (Anscheinbeureis, prima facie Beweis)

Alman hukukunda içtihatlarca geliştirilen ve emare ispatın bir türü olduğu, hatta ZPO ile ilga edilen fiili karineye dayalı bir yüksek mahkeme kararı ile geliştiği belirtilmektedir⁴².

Herde ispat yükünün kanunla belirlendiği hallerde daha ayrıntılı inceleneceğinden burada sadece kavramı tanıtmak yeterli olacaktır.

37. Blomeyer, s. 171.

38. Blomeyer, s. 172.

39. Blomeyer, s. 171; Üstündağ, s. 605; Bilge/Önen, bu duruma dolayısıyla ispat demek ve buradan fiili karine kavramına ulaşmaktadırlar. Bilge/Önen, s. 497.

40. Musielak/Stadler, s.90 ve orada yollama yapılan yazarlar.

41. Wassermeyer, s. 25-26; Musielak/Stadler, s. 83.

42. Kamil Yıldırım: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 124; Üstündağ, s. 606.

tır. İlk görünüş ispatı, aksini kabul etmek için özel dayanaklar, nedenler yoksa hakimin ağır basan olasılıklardan dolayı tecrübeyle sonuç çıkarmasını öngören bir kuraldır⁴³. Bu ispat türünde olayların tipik akışı (typschen Geschehsablauf) denen durumlar sözkonusudur. Gerçekten de, bir vakıanın hayat tecrübelerine göre aksinin muhtemel olduğu iddia edilmediği sürece var olduğu kabul edilebilir. Bunlar tam kanaati tek başına sağlayan tecrübe kurallarıdır. Bu tür ispatın olayın tam olarak ispatından farkı ise, bir tecrübe kuralına dayandırılan tipik hayat olayında çok genel olarak “somut olayda da böyle olmuştur” varsayımından hareket edilmesidir. Bu nedenle ilk görünüş ispatı, ispat gücü yüksek tecrübe kurallarını gerektirir⁴⁴.

Şimdilik uygulama alanının özellikle kusur ve illiyetin ispatı konuları olduğunu belirterek ilk görünüş ispatı için şu örnekleri vermek mümkündür:

Gemi çatismalarında ilk görünüş, gemi seyri için güvenli olması için konulmuş kuralların veya denizcilik kurallarının ihlali halinde gemiyi yöneteni kusurlu bulmakta, aynı şekilde duran bir gemiye ya da binaya çarpan geminin kusurlu olduğunu göstermektedir⁴⁵.

Trafik kazalarında da ilk görünüş ispatı ayrı bir öneme sahiptir. Bir arabanın ağaca çarpması, caddeden çıkması veya devrilmesi veya yaya kaldırımına veya otoyol üzerindeki çizgileri geçmesi araç sürücüsünün ilk bakışta kusurlu olduğuna ilişkin sonuca götürmektedir. Çarpmalarda ilk görünüş ispatı, solda seyreden, kavşaklarda ön geçiş hakkının ihlalinin kusur olduğunu kabul etmektedir. Kazada alkollü olmak, kural olarak kazanın oluş sebebidir. Sollamada gerekli mesafenin bırakılmaması, trafik kurallarına uyulmaması da kusuru oluşturmaktadır⁴⁶.

e. Tek Bir Kavram Arayışı

İşte tüm bu durumlarda yine tecrübe kuralları bizi bu sonuçlara götürmektedir. O halde ilk bakışta bilinmeyen bir olay için, daha önceden soyut ve genel olarak oluşmuş kurallara bakılarak somut olay- en azından ilk bakışta- dikkate alınmaksızın, bir sonuca ula-

43. Blomeyer, s. 172.

44. Üstündağ, s. 606.

45. Üstündağ, s. 606.

46. Üstündağ, s. 606.

şılmaktadır. Yani başından beri tanımladığımız bilinenden bilinmeyen çıkarılabilirliği kavramına, karine kavramına ulaşmış oluyoruz. Bu durumda tecrübe kurallarının yardımıyla sonuç çıkardığımız her önermenin bir fiili karine olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Burada da tecrübe kurallarının nitelikleri, güvenilirlikleri ve uygulanırlıkları gündeme gelmektedir, ki bu konu ispat yükünün dağılımı başlığı altında incelenecektir.

II. İSPAT, DELİL ve İSPATIN SINIRLARI

A. İspat ve Delil

Herhangi bir hukuk normunun uygulanması, o normla düzenlenen (yani kendilerine bir hukuki sonuç bağlanan) olumlu veya olumsuz olayın (vakıaların) somut olarak gerçekleşmiş bulunmasına bağlıdır. Yani hukuk kuralının soyut olarak düzenlediği ve bir hukuki sonuç bağladığı olaylar, somut olarak gerçekleşmiş bulunmadıkça o kural uygulanamaz ve öngörülen hukuki sonuç doğmaz⁴⁷.

Usul hukukunda kural olarak mahkemenin pasifliği ilkesi nedeniyle, hukuki sonucun doğumunu ileri süren tarafın iddiasını somut olayda ispatı gerekir. İşte ispat, dava konusu hakkın veya buna karşı yapılan savunmanın (veya bir olayın veya hukuki durumun varlığı ya da yokluğunun) dayandığı vakıaların var olup olmadığı hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemi veya ikna faaliyetidir⁴⁸. Kısaca ispat, bir vakıanın doğruluğuna hakimi inandırmaktır da denilebilir⁴⁹.

Hukuki ispat, bilimsel ispatın kesinliğini ifade etmekten uzaktır⁵⁰. İspatın amacı daha çok olasılık kanaatidir. Kanaat genellikle subjektiftir ve hukuk kuralları aracılığıyla zorlanamaz. Kanaat, genel düşünme kurallarına göre oluşur. Bunlar alışıl gelmiş, yaşamdan kaynaklanan genel düşünme sonuçlarıdır⁵¹.

47. Umar/Yılmaz, s. 1.

48. Umar/Yılmaz, s. 2; Kuru, s. 1352.

49. Postacıoğlu, s. 527; S. Şakir Ansay: Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, s. 251-252; Üstündağ, s. 598; Necmettin Berkin: Medeni Usul Hukuku, s. 169.

50. Postacıoğlu, s. 530.

51. Daenzer, s. 8.

İspatı sağlayacak araçlar ise delillerdir⁵². Bir delil eğer doğrudan doğruya ispat edilmek istenen vakıayı gösteriyorsa direkt (doğrudan, vasıtasız) bir delil var demektir. Örneğin iddia edilen olayı belgelendiren bir senet delili böyledir. Buna karşılık delilin ispatı istenilen vakıayı değil de ona komşu bir vakıayı ispat etmesi halinde endirekt (dolaylı, vasıtalı) bir delilden söz edilir. Örneğin zinanın ispatı için onu gösteren yakın vakıaların ispatı için kullanılan deliller böyledir⁵³.

B. İspatın Konusu

İspatın konusu maddi olaylardır. Bunlar davanın ve savunmanın esasını oluşturan vakıalardır. Bu vakıalar somut olaylar olabileceği gibi, manevi, psikolojik (içsel) durumlara ilişkin de olabilir⁵⁴.

C. İspatın Sınırları

İspatın konusunu yukarıda belirtmiştik. Ancak yargılamada her olayın ispatı gerekmez. İspatlanması gereken olayların bazı özellikleri vardır⁵⁵.

1. Davanın Çözümünü Etkileyebilecek Olaylar

Ancak davanın çözümüne etki edebilecek olaylar için ispat gereklidir (HUMK. m. 238, I). Eğer bir tarafın iddia ettiği olaylara kanun doğrudan veya dolaylı hiçbir sonuç bağlamamışsa ya da ileri sürülen taleple ilgili hiçbir sonuç bağlamamışsa bu olayların ispatı gerekmez⁵⁶.

2. Çekişmeli Olaylar

İspat edilmesi gereken olayların yalnız davanın çözümünü etkileyebilecek önemde değil aynı zamanda taraflar arasında çekişmeli olması gerekir. Çekişmeli olmayan olayların ispatına gerek yoktur

52. Bilge/Önen, s. 492; Postacıoğlu, s. 528; Kuru, s. 1352; Umar/Yılmaz, s. 2.

53. Aslında ispat mekanizması incelenirse, doğrudan doğruya delil sayılan hallerde dahi ispat ancak dolaylıdır. Örneğin, senet metni anlaşmanın delili sayılıyorsa, hayat tecrübelerine göre senedin anlaşmaya uygun suretle meydana getirilmesi, kimsenin aleyhine olan bir vakıayı yazı (imza) ile belgelendirmeyeceği konusu en yakın olasılık dahilinde olduğu içindir. Postacıoğlu, s. 529.

54. Kuru, s. 1352; Bilge/Önen, s. 490; Umar/Yılmaz, s. 19; Postacıoğlu, s. 528.

55. Umar/Yılmaz, s. 25.

56. Umar/Yılmaz, s. 25; Postacıoğlu, s. 528; Kuru, s. 1353-1354.

(HUMK. m. 238, I). Bu söylenenlerin sadece tasarruf ilkesinin geçerli olduğu davalar⁵⁷ olduğu da belirtilmektedir⁵⁸.

3. Maruf ve Meşhur Hususlar

Maruf ve meşhur hususlar çekişmeli sayılmaz (HUMK. m. 238, I)⁵⁹. Ancak bu olayların aksi ispat edilebilir (HUMK. m. 239). Yani böyle bir olay, olayın çekişmesiz olması durumunun aksine, tespit gereğini ve ispat yükünü ortadan kaldırmakta, tespit yapılmış sayılmasına ve delil ikamesi yükünü karşı tarafa geçmesine yol açmaktadır⁶⁰.

4. Tecrübe Kuralları

Tecrübe kurallarının ispatın konusu olup olmayacağı konusu tartışmalıdır⁶¹. Bizim de katıldığımız görüşe göre, tecrübe kuralları ispatın konusu olmaz ve hakim bunları kendiliğinden dikkate alır. Ancak uzmanlık alanlarında kurulan neden-sonuç bağlantıları, örneğin bir yaranın nasıl bir sakatlığa yol açabileceği ispatın konusu olur. Ancak bu konuda hakimın kendisinin de araştırma yapmasına bir engel yoktur⁶². Zira burada hukuk kurallarının uygulanmasında kine benzer (HUMK. m. 76) bir durum vardır. Artık olay iddialarının doğruluğunu, bir delilin güvenilirliğini hakim serbest takdir yetkisi gereğince (HUMK. m. 240) değerlendirecektir.

III. İSPAT YÜKÜ KAVRAMI, KURALLARI VE FİİLİ KARİNELERİN İSPAT HUKUKUNDAKİ İŞLEVİ VE YERİ

A. İspat Yükü (Beweislast) Kavramı

Gösterilen deliller yeterli olmasa dahi hakim esas hakkında bir karar vermek zorundadır. Ceza yargılamasındaki "delil yetersizli-

57. Genel yaşam kurallarının tersine hukukta sükut ikrardan değil, inkardan değil. Buna karşılık Alman hukukunda taraflardan birinin öne sürdüğü olaya karşı diğerinin sükutla yetinmesi durumunda o olayın çekişmesiz sayılacağı yolunda hüküm vardı (ZPO§138), Umar/Yılmaz, s. 26.

58. Umar/Yılmaz, s. 25; Kuru, s. 1354; Üstündağ, s. 599.

59. ZPO§291 ise bunların ispatına gerek bulunmadığını belirtir. Nöşatel Yüksek Mahkemesi de bir Kararında, Kanton Resmî Gazetesinde yayınlanmış olayların "herkesce biliniyor" sayıldığını bu olayların ispatlanmasına gerek bulunmadığını belirtmiştir. Kuru, s. 1354-1355; Umar/Yılmaz, s. 27 dnp. 50.

60. Umar/Yılmaz, s. 27.

61. Umar/Yılmaz, s. 28.

62. Umar/Yılmaz, s. 28.

ğinden beraat" gibi bir kurum usul hukukunda mevcut olmadığından herhalükarda, özellikle de yeterli delilin bulunmadığı durumlarda hakim olayın ispatsız kalmasından dolayı aleyhe bir kararlar karşılama olasılığı bulunan tarafı belirlemek zorundadır. İşte ispat yükü, belirli bir vakianın davada taraflardan birisi tarafından ispatı zorunluluğunu ifade eder. Ancak tarafları ispata zorlayan bir yükümlülük değil, yalnızca kendi yararlarıdır⁶³.

B. Delil İkamesi (Beweisführung) Yükü Kavramı ve İspat Yükünden Farkı

Delil ikame etme (Beweisführung), tarafların kendi iddialarının doğruluğunu veya karşı tarafın iddiasının asılsızlığını ispat etmek için, bu amaçları gerçekleştirmeye elverişli araçlara (yani delillere) dayanarak giriştikleri hakimi inandırma (ikna etme) faaliyetidir⁶⁴.

İspat yüküne ilişkin kuralları delil gösterme kurallarıyla karıştırmamak gerekir. İspat yüküne ilişkin kurallar, hangi olay bakımından belirsizlik riskinin (yani hakimin aleyhe kararı ile karşılaşma tehlikesinin) kimin üzerinde bulunduğunu gösterir. Buna karşılık delil ikamesi kuralları ise, ispatın biçim veya yönetimini gösterir⁶⁵.

İspat yükü, esasa ilişkin olaylar bakımından belli bir maddi hukuk kavramı olmasına ve esasa ilişkin olaylar için ispat yükünü düzenleyen kurallar maddi hukuk alanına girmesine rağmen, delil ikamesi daima bir yargısal kavramdır ve bu kurallar yargılama hukukuna girer⁶⁶.

Belli bir olay için ispat yükünü taşıyan taraf, delil ikamesi yükünü de çoğu zaman taşır. Ancak bu her zaman böyle olmadığı gibi, ispat yükü sabit olmasına rağmen, belli bir olayın ispatsız kalması ancak taraflardan belli biri aleyhine olabilir ve bu taraf değiş-

63. Umar/Yılmaz, s. 2; Postacıoğlu, s. 534-536; Kuru, s. 1356; Ansay, s. 253-254; Bilge/Önen, s. 498.

64. Umar/Yılmaz, s. 32.

65. Umar/Yılmaz, s. 32. Alman doktrininde delil ikamesi yüküne subjektif-somut ispat yükü de denilmekte ve bunun hangi tarafın belli bir olay unsurunu (vakıayı) ispat etmek zorunda olduğunu ifade ettiği belirtilmektedir. Ayrıca objektif ve soyut ispat yükünden de söz edilmektedir. Bkz. Oliver Rommé: Der Anscheinbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismass und Beweislast, C. Heymans Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München 1989, s. 153, 154 dpn. 541.

66. Umar/Yılmaz, s. 32-33.

mez. Delil ikamesi yükü yargılamanın gidişine ve hakimın değerlendirilmesine göre taraf değiştirir⁶⁷. Örneğin inkarla yetinen borçluya karşı alacağının ödenmesini isteyen alacaklı, kendi hakkının varlığına ilişkin olayları ispat ettikten sonra ispat yükü diye bir sorun kalmamıştır. Gerçekten ispat yükü ispatsızlığın riskinden başka bir şey değildir. Fakat bu varsayımda delil ikamesi yükü taraf değiştirmiş olarak vardır ve borçlu bir karşı ispatta bulunarak, kendi aleyhine karar verilmesi tehlikesini ortadan kaldırma yükü altındadır. Bu varsayımda borçlu, alacağın yokluğuna ilişkin ispat yükünü üstlenmemiştir. Çünkü bu durumda artık ispat yükünün sözkonusu olamayacağı bir yana, borçlu yalnızca alacaklının delillerini çürütmekle de yetinebilir. Bunu yapabilirse, belirsizlik durumu onunla birlikte (alacaklıya yüklenmiş olarak) ispat yükü de geri gelir. Fakat ispat yükünün taraf değiştirmesi sözkonusu olmaz⁶⁸.

Türk doktrin ve içtihatlarında ispat yükü-delil ikamesi yükü kavramlarının ayırımına rastlanmadığı gibi genellikle birbirine karıştırıldığı da görülmektedir. Bu nedenle bazen olayın ve özellikle belirtilerle delillerin gözönüne alınması halinde delil gösterme yükünün karşı tarafa geçmiş olabileceği söylenir. Yoksa ispat yükü sabittir ve yer değiştirmez⁶⁹.

Kanaatimizce bu konuda yapılan ayırım teoriktir ve pratik açıdan sonucu değiştirici nitelikte değildir. Hatta teorik yönden de eleştiriler yönelmek mümkündür. Nitekim ispat yükünün maddi hukuka, delil ikame yükünün yargılama hukukuna girdiği şeklindeki görüş bizce hatalıdır. Delil ikamesi kavramı ispat yükü kavramına bağlıdır. Nitekim ancak bedel ödendikten sonra malın teslim edileceği ibaresi nedeniyle⁷⁰ delil ikamesinin yer değiştirdiği görüşü kabul edilemez. Çünkü burada aslında tarafların iradi bir anlaşmaları vardır. O halde aslında bir anlamda bir ispat yükü sözleşmesi yapmışlardır. Delil ikamesi kavramının yargılama hukukuna girdiği

67. Umar/Yılmaz, s. 34.

68. Umar/Yılmaz, s. 34-34; Aksine görüşler için ilerde bkz. ilk görünüş ispatı.

69. Örneğin, bir kararında Yargıtay, kusursuzluğunu ispat yükünü haksız fiil failinde görmüştür. Bu da belirtilere bakılarak kusurun ispat edildiği nedenine dayanmaktadır. Yine Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamasına göre ifanın ispatı borçluya aittir. Ancak bedeli ödenmek koşuluyla teslimi kararlaştırılmış malın bedelinin tahsili davasında, bedelin ödenmeden malın teslim edildiği olayı için ispat yükünü davacıda görmüştür. Bu karar olaydaki "bedel ödendikten sonra mal teslim edilecektir" ibaresi karşısında, malın teslim edilmiş olmasını bedelin ödenmesine ilişkin bir belirti sayıp, delil ikame yükünün alacaklıya düştüğünü belirtmektedir Umar/Yılmaz, s. 37.

70. Bkz. dpn. 69'daki örnek.

kabul edilirse serbestçe bir delil ikamesi anlaşması yapılamayacak⁷¹, buna karşılık maddi hukuka dahil olduğu kabul edilirse delil sözleşmesi yapabileceklerdir⁷². İspat yükünün bir olay için ispatsızlığın riski olduğu görüşü de doğrudur. Ancak bir tarafın kendisi için bu riski ortadan kaldırması halinde, diğer tarafın bu ispatı etkisiz hale getirebilmesi için bir karşı ispatta bulunması hakkı da mevcuttur. O halde burada da teknik anlamda olmasa da, ispatsızlığın riski bu taraf için sözkonusudur. Yani teknik anlamda olmamak kaydıyla ispat yükü kavramının kullanılması sakıncalı değildir. Aksi halde karşı ispat (iddia-iddianın ispatı-bu ispatın aksini ispat gibi) zinciri uzatmak mümkündür ve bu durumda nihai olarak iddiayı (veya savunmaya) kimin ispat edemeyeceği sorusuna bir yanıt verilmeyecektir. O halde teknik anlamda olmamak kaydıyla ispat yükü kavramını kullanmak yanlış kabul edilemez ve sonuçları itibariyle delil ikamesi-ispata yükü kavramları aynı etkide kabul edilebilirler.

C. İspat Yükü Kuralları

İspat yükü sorununun ağırlık noktasını, hangi olay için ispatın kime düştüğü oluşturur⁷³.

İspat yükünün tarafların rolü ile bir ilgisi yoktur. Davacıya olduğu kadar davalıya da düşebilir. İspat yükünün hangi tarafa düştüğü belirlenmeden, kural olarak tarafların iddialarını ispatlayamadıklarından söz edilemez⁷⁴.

İspat yükünün paylaşılmasını, "olayların ispatsız kalması nedeniyle hakimin aleyhte bir kararı ile karşılaşmak tehlikesinin hangi olay bakımından kimin üzerinde bulunduğu belirlenmesi" şeklinde tanımlamak mümkündür⁷⁵.

İspat yükünün taraflar arasında nasıl paylaşılacağı ise önemli bir sorundur. Bugüne kadar bu konuda bir çok teori geliştirilmiş ise de⁷⁶, bir ittifaka varılamamıştır. İspat yükünün hemen her davada önemli olması ve bu davaların içeriklerinin birbirinden son derece

71. Umar/Yılmaz, s. 13.

72. Umar/Yılmaz, s. 13 vd.

73. Umar/Yılmaz, s. 5.

74. Kuru, s. 1359; Umar/Yılmaz, s. 6.

75. Umar/Yılmaz, s. 5.

76. Bu söylenenler Türk hukuku için geçerlidir. Umar/Yılmaz, s. 43.

farklı olması genel bir kurala varılmasını güçleştirmektedir. Ayrıca, toplumsal ve ekonomik gelişmelerin zaman içerisinde farklılaşmalar yaratması da önemlidir. Nitekim son yıllarda, “tüketicinin korunması”, “ekonomik bakımdan güçsüz olanların korunması” şeklindeki yeni kavramların hukuk yargılamasında ispat yükünü etkileyeceği de öne sürülmektedir⁷⁷.

Türk hukukunda ispat yükü kurallarının teorisi geliştirilmemiş, belli bir teoriye bağlı kalınmaksızın, çeşitli ölçütlerle somut olaylarda sorun çözülmeye çalışılmıştır⁷⁸. Ancak, ayrıntısına girmeden, ispat yükü hakkındaki genel kuralı ve istisnaları açıklamadan, bu teorileri şöyle sıralamak mümkündür:

- Olumsuz ispat edilemez⁷⁹.
- İnkâr edene ispat düşmez⁸⁰.
- Normal duruma dayanan değil aksini iddia eden ispat eder⁸¹.
- Lehine karine olan taraf, olayı ispat etmekle yükümlü değildir⁸².
- İspat yükü delilleri daha kolay elde eden tarafa düşer⁸³.
- İspat yükünün dağılımında “iyiniyet” kuralı da dikkate alınır⁸⁴.
- Ayrıca bütünlük teorisi, davanın temeli olan olaylar teorisi ve norm teorisi gibi birtakım teoriler de savunulmaktadır⁸⁵.

77. Umar/Yılmaz, s. 38-39.

78. Umar/Yılmaz, s. 43.

79. Postacıoğlu, s. 551; Berkin, s. 173; Üstündağ, s. 520-521; Bilge/Önen, s. 503; Nihat Yavuz: Adli İspat, Adalet Dergisi, 1977/5-6, s. 142.

80. Üstündağ, s. 517, 550; Ansay, s. 249.

81. Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 1995, s. 343-344; Kuru, s. 1368 vd.; Berkin, s. 172; Karafakih, s. 168; Yavuz, s. 140; Üstündağ, s. 518; Ansay, s. 248; Bilge/Önen, s. 503; Postacıoğlu, s. 537.

82. Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 344; Karafakih, s. 170; Üstündağ, s. 522; Yavuz, s. 145; Kemal Oğuzman: Medeni Hukuk Dersleri (Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar), İstanbul 1975, s. 200-202; S. Sulhi Tekinay: Medeni Hukuka Giriş Dersleri, İstanbul 1973, s. 171.

83. Üstündağ, s. 522; Postacıoğlu, s. 539; Yavuz, s. 142; Tekinay, s. 190.

84. Postacıoğlu, s. 539; Üstündağ, s. 522; Berkin, s. 173; Ramazan Arslan: Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 86.

85. Umar/Yılmaz, s. 39-43.

Söz ettiğimiz bu kuralların da gösterdiği gibi, davanın, deyim yerindeyse kaderini belirleyecek husus, çok farklı ölçütlerle belirlenebilecektir. Biz bu çalışmada tüm bu ayrıntılara girmeyip sadece bir kısmıyla ilgilendiğimiz için, doktrinde genel kabul gören ilke ve ölçütlerle- konumuzu ilgilendirdiği ölçüde- ilişkili açıklamalara yer vereceğiz.

1. Genel Olarak

Bütün bu ölçütlere, görüşlere rağmen hiç kuşku yoktur ki, ispat yüküne ilişkin genel kural, kaynağını MK. m. 6'dan alır. Ancak MK. m. 6, "Kanun hilafını emretmedikçe iki taraftan her biri müddeasını ispata mecburdur" hükmüyle sorunu çözmüş olmamaktadır. Bu nedenle doktrin bu hükmün herşeyden önce Almanca metnine⁸⁶ uygun olarak yorumlanıp, "Kanun başka bir çözüm belirlemedikçe idia edilmiş bir olayın varlığını, bundan (olaydan) kendi lehine haklar doğan kimse ispat etmelidir" şeklinde anlaşılması gerektiğini oybirliği ile kabul etmektedir.

Buna bağlı olarak sorunun yine de çözülmemesi nedeniyle ispat yükünün dağılımı ile ilgili ek birtakım ölçütler, tamamlayıcı kurallar, özel esaslar veya istisnalar getirilmektedir⁸⁷.

2. İstisnalar

Yukarıda belirttiğimiz nedenlerle ispat yükünde herkesin iddiasını (vea herkesin lehine hak çıkardığı vakıaları) ispat edeceği kuralı istisnalarla veya bize göre tamamlayıcı kurallarla kısmen değiştirilmektedir. Zira örneğin *Kuru*, genel kuralı belirledikten sonra istisnalara yer verirken, MK. m. 6'daki "Kanun hilafını emretmedikçe" ibaresine dayanarak, istisnaların kanundan doğmuş olduğu gibi bir izlenim vermekle birlikte⁸⁸ aşağıda görüleceği üzere burada sözü edilen "normal durum" ölçütü veya "fiili karineler" kanundan doğmaz. Bunlar kural olarak hayat tecrübelerinden çıkarılan sonuçlardır. O halde burada- belki de kanuna aykırı olarak- ispat yükünün dağılımını sözkonusu etmek gerekecektir.

86. Maddenin Fransızca metninde ise, "Taraflardan her biri, kanun aksini emretmedikçe, hakkını çıkartmak üzere öne sürdüğü olayları ispat zorundadır" denilmektedir. Umar/Yılmaz, s. 86-87.

87. *Kuru*, s. 1358 vd; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, s. 344; *Üstündağ*, s. 600; *Ansay*, s. 248; *Karafakih*, s. 168; *Berkin*, s. 172; *Bilge/Önen*, s. 503; *Oğuzman*, s. 199; *Yavuz*, s. 140.

88. *Kuru*, s. 1368.

a. Normal Durumun Aksini İspat

Birçok kez belirttiğimiz üzere, doktrinde birçok yazar MK. m. 6'daki genel kuralın en önemli istisnasının, "normal durumun aksini, onu iddia edenin ispat edeceği" ilkesi olduğunu belirtmektedir⁸⁹. Bir durumun normal olup olmadığı da genel tecrübeler ve o çevredeki genel kabullere göre belirlenir⁹⁰.

Mecelle'de, "Beyyine, hilafı zahiri ispat içindir" hükmü bulunmaktadır⁹¹.

Yargıtay'ın da normal durum ölçütünü benimsediğini görmekteyiz.

Kanunda aksi öngörülmedikçe kural olarak herkes iddiasını ispatla yükümlüdür (MK. m. 6). Ancak iddialar karşılaştığında kimin ispat yükünün altında bulunduğu tespiti her zaman kolay olmamaktadır. Bunun için gerek ilmi gerekse kazai içtihatlarla birtakım ölçütlere yer verilmektedir:

a) Hemen bütün bilim adamlarının birleştiği ve Yargıtay uygulamasında da kararlılık ifade eden ölçüye göre, ispat yükü hayatın olağan akışına aykırı iddia ve savunmada bulunana düşer.

b) İleri sürdüğü bir vakıdan lehine haklar çıkaran kimse iddia ettiği olayları ispat etmelidir.

c) İspat yükü daha kolay başarıya düşer⁹².

Yargıtay'ın bu ölçütü uygulamasına şu örnekler verilebilir:

Örneğin bir kimsenin evlendiği tarihte karşı tarafın evli olduğunu bilmemesi halinde iyiniyetli olduğu kabul edilir. Ancak Yargıtay, burada ispat yükünün iyiniyet iddiasında bulunan kişiye düştüğünü ve iyiniyetin asıl olduğu kuralının burada uygulanamayacağını belirtmiştir. Bu karara göre "bir kimsenin evli

89. Kuru, s. 1368; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 343-344; Berkin, s. 172; Karafakih, s. 268; Yavuz, s. 140; Oğuzman, s. 199; Ansay, s. 248; Üstündağ, s. 600; Bilge/Önen, s. 503. Yalnız Postacıoğlu normal durum ölçütünü ispat yükünün dağılımında genel kural olarak kabul etmektedir. Postacıoğlu, s. 536-537.

90. Postacıoğlu, s. 537.

91. A. Turgut Ertem: Beyyine, Adalet Dergisi 1948, S. 6, s. 746.

92. HGK 6.5.1992 185/308, İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi.

olup olmadığının muhitçe bilinmesi normaldir ve asıl olan da budur.” Herkesce bilinmesi mutad olan bir konunun bilinmediği iddiası “aslın hilafına” yapılmış bir iddiadır⁹³. *Postacioğlu*, Yargıtay’ın bu değerlendirmesini onaylamakta ve “normal durum”dan hareket etmektedir⁹⁴. *Kuru* ise burada iyiniyet karinesinin geçerli olduğu ve kötünüyeti karşı tarafın ispat etmesi gerektiği fikrindedir⁹⁵. *Edis* de burada nüfus sicillerinin aleni olmaması nedeniyle karara katılmamakta, iyiniyetin ispat yükünün aksini ileri süren tarafta olduğunu belirtmektedir⁹⁶.

Yine Yargıtay pek çok kararında aşağıdaki şekilde sonuca ulaşmıştır:

“...Olayda davacı ziynet eşyasının kocasından kaldığını ileri sürmüş, davalı taraf ise onun tarafından götürüldüğünü savunmuştur. Hayat tecrübelerine göre olağan olan bu çeşit eşyanın kadının üzerinde olması ya da evde saklanmış, muhafaza edilmiş bulunmasıdır. Diğer bir deyimle, bunların davalı tarafın zilyetlik ve siyanetine terkedilmiş olması olağana ters düşer. Diğer taraftan ziynet eşyası rahatlıkla saklanabilen, taşınabilen, götürülebilen nevidendir. Onun için evden ayrılmayı tasarlayan kadının bunları önceden götürmesi, gizlemesi tabiidir. Kadının evi terk ederken bunların zorla elinden alındığı ve götürmesine engel olunduğu gerçekleşmedikçe... bunların evde kaldığını ispat yükü kadın düşer”⁹⁷.

Yargıtay’ın bu şekildeki kararlarını eleştiren *Postacioğlu*, sonuç itibarıyla aynı görüşü paylaşmakla beraber, burada konu edilmesi gereken hususun, hayatın olağan akışı veya hayat tecrübeleri değil, ikrarın bölünüp bölünmeyeceği olduğu düşüncesindedir. Yazarına göre⁹⁸, davacının iddiası karşısında davalının ziynet eşyasının kadında olduğu ikrarına eklediği ve bu ikrarın hükmünü düşürecek şekilde kadının birlikte götürdüğü beyanı gerekçeli bir inkardır. Davalının böyle yapmayıp inkarına bir gerekçe vermesi onun inkarını

93. *Postacioğlu*, s. 537-538.

94. *Postacioğlu*, s. 537-538.

95. *Kuru*, s. 1383.

96. *Edis*, s. 283 dph. 98.

97. 2. HD. 20.6.1974 3351/3983, Karar İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivinden alınmıştır. Aynı şekilde diğer kararlar için bkz. 2. HD 20.3.1984/2578 2686; 2. HD 11.5.1981 3492/3584; 2. HD 15.6.1982 3574/5335; HGK 17.5.1989 2/283-366; *Kuru*, s. 1374, 2242-2243; *Umar/Yılmaz*, s. 60.

98. İhan *Postacioğlu*: İspat Külfeti, İÜHF C. XXXIX, S. 1-4, İstanbul 1974, s. 498.

ıkrara dönüştürmek için yeterli değildir, Fakat bu inkar, gerekçeli bir inkardır. Bu nedenle de ispat yükü başlangıçta olduğu gibi davacıda kalmalıdır. Dava konusunun taşınabilir olması nedeniyle birlikte götürülmüş olması doğaldır. Ancak dava konusu ziynet eşyaları kadının zilyetliğinden kocasının fiili ile çıkmışsa bu fiil zorla elinden alınması veya bunların kadın tarafından götürülmesine engel olunması şeklinde olmuş olabilir. Fakat bu gibi fiiller aslın hilafını iddia niteliğinde olduğundan davacı kadın ispat etmelidir⁹⁹. Olayda eğer kadın evden ayrılmasının zorla ve ani olduğunu ispat ederse, kocasının ikrarına eklediği eşyanın birlikte götürüldüğü iddiasını çürütmüş olacak ve artık aksini koca ispat edecektir. İkrar bölünmese de ikrara eklenen vakıalar karşı delillerle çürütülebilecektir¹⁰⁰.

Yine normal durum ölçütüne göre, dava açan kişinin o sözleşme imzalanırken gerek kendisinin gerekse davalının fiil ehliyetinin bulunduğunu ispat etmesine gerek yoktur. Çünkü normal olmayan, sözleşmeyi yapanların fiil ehliyetinin bulunmamasıdır. Davalı bunu iddia ederse kendisi ispat etmelidir¹⁰¹. Asıl olan reşit kimselerin ehliyetli olmasıdır¹⁰². Dikkat edilirse buradaki normal durum kanunun öngördüğü düzenlemeden yola çıkılarak elde edilen sonuçtur. Çünkü kanun fiil ehliyetinin bulunmamasını istisna olarak kabul etmiş ve buna sonuçlar bağlamıştır (MK. m. 13-161). Kanımızca burada normal durum ölçütüne gitmeden, ehliyetsizliği, bundan kendi lehine sonuç çıkararak taraf ispat etmelidir (MK. m. 6) sonucuna varmak mümkündür.

Bir hakkın doğumu için kanunun iyiniyetin varlığını araması halinde asıl olan iyiniyetin varlığıdır (MK. m. 3/T)¹⁰³. Bu nedenle

99. Postacıoğlu, İspat Külfeti, s. 499.

100. Postacıoğlu, İspat Külfeti, s. 499.

101. Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 344-345; Postacıoğlu, s. 540; "Olayda davalının taahhüt tarihinde temyiz kudretini (MK.m. 13) haiz olup olmadığı tartışma konusudur... Temyiz kudreti şüphe ve tereddüt halinde mevcut farz olunur. Gayrimüeyyizliği ispat külfeti bir hukuki muamelenin hukuki sonuçlarını kabul etmeyen tarafa (yani bu olayda davalıya) düşer" HGK 19.7.1967 239/340, Kuru, s. 1369.

102. Federal Mahkeme, "tarihsiz bir senede dayalı alacak davasında borcun borçlunun reşit olduğu bir tarihte doğmuş olduğunun ispatını alacaklıya yüklemektedir. Herne kadar ehliyet asıl ise de bu reşit olanlar içindir. Buna karşılık borçlunun reşit olup olmadığı ihtilafı ise, bunun ispatı alacaklıya düşer" demiştir. Postacıoğlu, s. 547; Blomeyer, s. 167-168.

103. İyiniyetin teknik anlamda sözde karine olduğunu ve aksinin ispat edilebileceğini belirtmiştir. Bkz. yuk. da kanuni olay karine hakkındaki açıklamalar.

kural olarak iyiniyete ilişkin tartışmalar “normal olma” ölçütünün dışında kalır. Çünkü iyiniyet sadece kanunun buna öngördüğü (daha doğrusu hakkın doğumu için koşul kabul ettiği) hallerde asıldır ve buradaki “normal olma” kanundan doğar¹⁰⁴.

Yine Yargıtay, iyiniyetin asıl olmasına rağmen başkasının arsasına iyiniyetle inşaat yaptığını idida edenin iyiniyetini ispat etmesi gerektiğini belirtmiştir ve burada yine “normal olma” ölçütünden yola çıkmıştır:

“...Çünkü başkasının arsasına inşaat yapan bir kimse, normal olarak o arsanın başkasına ait olduğunu bilir; şu halde normal olmayan iyiniyetini ispat etmelidir”¹⁰⁵.

Öncelikle yukarıda da ifade ettiğimiz üzere iyiniyet yasal bir düzenlemeye bağlıdır. Eğer bir iyiniyet iddiasından sözediliyorsa kanuni (fakat sözde) bir karinenin aksini ispat sözkonusudur. Bu olayda Yargıtay’ın normal durum ölçütünden yola çıkması ise, bize isabetli olmamıştır. Belki taşınmazın tapuya kayıtlı olmaması haline özgü olmak üzere böyle bir “normal durum” dikkate alınabilir. Veya tapuda malik görünen kişiden o yeri haricen satın aldığı ve ferahının yapılacağına inanarak inşaata giriştiğini iddia ederek iddiasını ispat edebilir¹⁰⁶.

BK. m. 182/II’de yer alan, “hilafına adet veya mukavele mevcut değil ise satıcı ve alıcı borçları aynı zamanda ifa etmekle mükelleftirler” şeklindeki hükümden *Kuru*, bunun normal durumu yansıttı ve bu nedenle malın alıcıya teslim ile bedelin ödenmesinin normal olduğu, akisini iddia edenin ispatı gerektiği sonucuna ulaşmaktadır¹⁰⁷. Yargıtay ise bu hükmün kanuni bir karine olduğu görü-

104. “...Noterden tasdikli vekaletnamenin sahte olacağını düşünerek davalı Y’nin bunu araştırması gerektiği görüşü de isabetsizdir. Bu düşünce hayatın olağan akışına ters düşer. Asıl olan iyiniyettir. Kötüniyetin ispatı davacıya düşer. 13. HD 26.10.1978, 3252/4448, *Kuru*, s. 1369. Karara bir ihtirazi kayıtlı katılmak mümkündür. Öncelikle genel olarak olağan iyiniyetli olmak olduğu görüşü kabul edilemez. Zira sadece hakkın doğumu için iyiniyet öngörülmüşse bu karine geçerlidir. Burada olsa olsa resmi bir belgenin aksi ispat edilinceye kadar, geçerli olacağı karinesine dayalı bir güven vardır. Doğaldır ki, bu görüş hayatın olağan akışına uygundur. Normal olan noterden onaylı bir vekaletnamenin sahte olamayacağıdır. Ancak bu resmi bir belgenin ispat gücünden kaynaklanmaktadır.

105. TD 7.5.1953 2510/2397, *Kuru*, s. 1369; Postacıoğlu, s. 546-547; Edis, s. 282-283.

106. Postacıoğlu, s. 545-546.

107. *Kuru*, s. 1370, 1385.

şündedir¹⁰⁸. Doktrinde ise burada bir kanuni karine olup olmadığı tartışmalıdır¹⁰⁹. Kanaatimizce Yargıtay'ın görüşü yerindedir. BK. m. 182/II her iki tarafa yükümlülük getirmekle birlikte ispat konusunu da "hilafına adet veya mukavele mevcut değilse" ibaresi ile getirmektedir. Bu hükmün normal bir durumu yansıttığı gerçektir, ancak yasal bir düzenleme bulunduğuna göre artık "normal durum" ölçütünden harekete gerek yoktur. Burada bir karinenin aksinin ispatlanması durumu sözkonusu edilmelidir. Görüldüğü gibi her yasal durumun normal olarak nitelenmesine bir engel yoktur. Ancak böyle bir nitelme de doğru kabul edilemez.

Yargıtay'ın normal durum ölçütüne dayandığı kararlarına ilişkin örnekler artırılabilir¹¹⁰. Ancak burada son olarak Yargıtay'ın verdiği iki karara değinilecektir. Olayların olağan akışı veya normal olma doktrinde belirtildiği üzere olasılık değeri yüksek tecrübe kurallarından oluşur¹¹¹. Öyleyse bu kavram da aslında fiili karinelerle örtüşen bir kavramdır. Burada kısmi bir şekilde yapacağımız değerlendirme fiili karinelerle ilgili bölümle tamamlanacaktır. Yargıtay bir kararında şöyle demektedir:

"Davalının raporla verilen dinlenme süresi içinde işyerinden ücret aldığı, hüküm yerinde de kabul edilmiştir. İş hayatında kural olarak, lütuf ve ihsan değil, belli çıkar sözkonusudur. Bir başka söyleyişle işverenin ücreti, lütuf ve ihsan değil, yapılmış bir işin karşılığı şeklinde ödenmiş bulunduğunu kabul etmek, iş hayatının gereklerine uygun düşer. Bu durumda davalının raporlu bulunduğu süre içinde dinlenmeyerek çalışmış olduğu sonucuna varmak, normal ve tabii bir düşünüş olur. Hayatın olağan yürüyüşüne dayanan tarafın iddiasını ispatla yükümlü bulunmadığı ispat hükmünün başlıca esaslarından. Böyle bir durumda ispat yükü yer değiştirir ve

108. Bkz. HGK 7.1.1970 4/87-7; 11HD 24.2.1977 658/819; HGK 14.3.1979 11/772-257, Kuru, s. 1370.

109. Umar/Yılmaz, s. 244 dpn. 162.

110. "...Tarafların ana kız olmasına göre davalı kıza... verilen paranın hibe olması asıldır. İspat yükü ödünç verdiğini iddia eden davacıdadır" 3. HD 12.9.1960 4892/4284; "Alacaklıya postayla gönderilen paranın ödeme için gönderilmiş bulunması asıldır, Aksini ispat alacaklıya düşer" 3. HD 10.6.1958 4221/3602; "İş akitlerinin belli süreye bağlı yapılması normal durumun aksi olup ispat bunu ileri sürene düşer" HGK 23.12.1964 9-1252/751, "Bir kimsenin menfaatini çiğneyerek kendiliğinden işten ayrılması olayların olağan yürüyüşüne ve hayat tecrübelerine uygun düşmez" 9. HD 9.2.1969 8148/11629, diğer örnekler için bkz. Umar/Yılmaz, s. 60-63.

111. Wassermeyer, s. 12.

olağan yürüyüşün aksini iddia eden taraf ispatla yükümlü tutulur¹¹².

Yargıtay'ın ödenmiş paranın yapılmış bir iş karşılığı olmasını iş hayatının gereklerinden saymasına karşılık, raporlu bir kişinin normal olarak dinlendiği, çalışmadığı görüşü de yaşamın olağan akışından, tecrübe kurallarından ulaşılabilecek bir sonuçtur. Nitekim Yargıtay bir başka kararında buna benzer bir sonuca ulaşmıştır¹¹³.

Görüldüğü gibi aynı olay "normal durum" ölçütüne göre farklı yönlerden değerlendirilebilmekte ve birbirine ters sonuçlara ulaşabilmektedir. O halde bu ölçütü ispat yükünün dağılımında kullanmak, ihtiyatlı olmak kaydıyla mümkün olabilmelidir. Zira birbirine ters veya çelişen hayat tecrübesi kurallarının varlığı halinde ulaşılan sonuç kuşku olacaktır. Burada normal duruma dayanarak bazı hallerde ispatın yapılmış sayılmasına karar verilebilir. Ayrıca normal durum değerlendirmesi keyfiliğe de yol açabilecektir. Somut olayın özelliklerinin dikkate alınarak ispat yükünün paylaşılabilirliği kural olarak, hukukumuzda mümkün gözükmemektedir. Çünkü ispat yükünü kanun (MK. m. 6) paylaşır, hakim değil¹¹⁴.

b. İspat Yükünün Kanunla Belirlendiği Haller

Kanun, bazı hallerde ispat yükünün kimde olacağını açıkça belirtmiştir (MK. m. 6). Örneğin, velayetin kaldırılmasının sebepsiz olduğunu ispat yükü kadına düşer (MK. m. 157). Yine nesebin tasahihine itiraz davasında çocuğun o ana ve babadan olmadığını ispat davacılar aittir (MK. m. 251). Haksız fiilde zararı ve kusuru ispat etmek davacıya düşer¹¹⁵.

Kanaatimizce burada tartışılması gereken konu, ispat yükünün kanunla belirlenmesine rağmen, yer değiştirip değiştirmeyeceği sorununu gündeme getiren ilk görünüş ispatı (Anscheinsbeweis, prima facie Beweis) dir.

112. 9 HD 9.5.1967 4404/3965, Umar/Yılmaz, s. 62.

113. "Davacı çalışılan hafta ve genel tatil ücreti istediğine göre iddia eylediği hafta ve genel tatil günlerinde çalışmış bulunduğunu ispatla yükümlüdür" 9 HD 20.1.1972 20988/922, Umar/Yılmaz, s. 62.

114. Wassermeyer, s. 3; Umar/Yılmaz, s. 49.

115. Diğer örnekler için bkz. Umar/Yılmaz, s. 49.

Yukarıda kısaca açıklandığı üzere¹¹⁶ ilk görünüş ispatı (Anscheinsbeweis, prima facie Beweis), esas olarak hakimin hayat tecrübelerinden çıkan kurallara göre karar verebileceğini ifade eder¹¹⁷. Türk hukukunda bulunmayan bir kurum¹¹⁸ Alman hukukuna da içtihatlarca dahil edilmiştir. Bu kurumun ZPO ile ilga edilen fiili karineye dayalı bir içtihat ile tartışılmaya başlandığı kabul edilmektedir¹¹⁹. Bu nedenle de emare ispatın bir türü olduğu ve fiili karine sayılması gerektiği gibi görüşlerle ilk görünüş ispatına özel bir yer vermek şeklinde bir eğilim de bulunmaktadır¹²⁰.

Türk hukukunda tartışılmayan bir konu olan ilk görünüş ispatı, gerçekten de fiili karinelerin bir görünümünü oluşturur. Bu nedenle kural olarak burada ve daha sonra fiili karineler için söylenecek şeyler birbirinin tamamlayıcısı olacaktır. Çünkü gerek emare ispatta gerek ilk görünüş ispatında ve gerekse fiili karinelerde araç daima tecrübe kuralları olmaktadır.

Herşeyden önce olaydaki bir belirsizliğin (non liquet) hukukta belirsizliğe yol açamayacağı belirtilmelidir. İspatsızlığın sonuçları doktrini hakime ispat yükünü taşıyan taraf lehine karar vermeyi emretmektedir. İspat yükü kuralları ise somut dava ilişkisinin dikkate alınmasını yasaklamıştır. Ancak belirsizlik (non liquet) yani olayın hüküm vermek için yeterince açık olmadığı hallerde de ispatsız kalan iddiaların gerçek olabileceği ve sadece mevcut ispat araçları ile ispat edilememiş olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır¹²¹.

Amaç hakimin kanaatini oluşturmaktır. Acaba subjektif olaydaki belirsizlik tecrübe kurallarına göre ispat yükünün dağılımını etkileyebilir mi? Yasal ispat yükü münhasır bir düzenleme midir? yoksa belli durumlarda somut hukuki ilişkilerin değerlendirilmesi-

116. Bkz. yuk. ilk görünüş ispatı.

117. Blomeyer, s. 72.

118. Türk hukukunda elektronik bankacılık hizmetlerinden kaynaklanan uyumsuzluklarda ispat yükünün paylaşılması konusunda prima facie Beweis ve Anscheinbeweis'ten söz edilmekle beraber, bu durumlar genellikle genel şartlarda belirtildiğinden, bizce bir ilk görünüş ispatı değil, sözleşme hükmü (ispat yükü hakkında yapılmış) vardır denilebilir. Aksi görüş için bkz. Sabih Arkan: Bankacılıkta Kullanılan Yeni Elektronik Sistemlerle İlgili Hukuki Sorunlar, Türkiye Bankalar Birliği, Yayın No: 166, s. 44-45.

119. Yıldırım, s. 124, 128.

120. Yıldırım, s. 129, 130.

121. Wassermeyer, s. 3.

ne dayanan ve ispat yükünün kanundan bağımsız ters çevrilmesini gesetzfreie Beweislastumkehr) mümkün kılan bir düzenleme midir? *Wassermeyer*'e göre bu soru, modern ispat hukukuna yöneltilmesi gerekli en önemli sorudur. Buna hayır yanıtı verildiğinde içtihatların alışılmamış, ilginç bir hukuki gelişime yol açtıkları görülecektir.¹²²

Kanun bazı hallerde davacıya tam bir ispatı yüklemiştir. Oysa bu durumlarda bir ispat güçlüğü sözkonusudur. Çünkü subjektif olayın ispatı ile ilgili delil araçları eksiktir. Öyleyse yasal ispat yükü nedeniyle davacı davasını kaybedecektir. İşte sistemin bu soyut zorluklarını aşmak için ilk görünüş ispatı önemli bir araçtır. Eğer subjektif olay yargısal kanaatin oluşmasına elverişli ise böyle bir ispata gerek kalmaz. Zira ilk görünüş ispatının amacı, belirsizliğin (non liquet) sonuçlarını bir delilden farklı olarak düzenlemektir. Böylece bir delilin eksikliğini kanuna göre ispat yükümlüsü olan davası değil, ispatsızlığın bir kısmını da davalı taşıyacaktır.¹²³

Bu ispatın ortaya çıkışı ispat güçlüğü'nün sözkonusu olduğu (Beweisnot) gemi yolculukları ile olmuştur. Sık kullanılan durumu, demir atmış bir gemiye diğer bir geminin çarpmasıdır. Davacı gemisinin gereken yerde demirlediği haklıyken çatmanın olduğunu ispatlamalıdır. Uygun yerde demirlemesi diğer gemilere yeteri kadar yer bırakmasıdır. Artık bir çatma olursa, karşı sürücünün kusurlu olduğu kabul edilir. Yine bir birahane sahibinin soda ısmarlayan bir müşteriye keskin bir asit getirmesi olayında da, tecrübe kuralları onu kusurlu kabul etmeyi gerektirir.¹²⁴ Burada olasılıklardan çıkarılan karineler sözkonusudur. İlk görünüş ispatı Yüksek Mahkeme (BGH) tarafından ispat karinesi olarak (Beweisvermutung) nitelenmiştir. Olasılık karinesi olarak (Wahrscheinlichkeitsvermutung) da kabul edilmektedir.¹²⁵

İlk görünüş ispatı, haksız fiillerde ve sözleşmeye dayalı taleplerde, hakimın kusur hakkında kanaat oluşturacağı her yerde kullanılabilir.¹²⁶ Ancak ilk görünüş ispatı özellikle kusurun ve nedenselliğin ispatında kullanılır. Örneğin bir haksız fiilde zarar tek başına kusuru göstermez. Ancak öyle bazı tipik görünüşler vardır ki bunlar kusura karine oluşturur.

122. *Wassermeyer*, s. 8.

123. *Wassermeyer*, s. 14-25.

124. *Wassermeyer*, s. 15.

126. *Wassermeyer*, s. 24, 25; *Blomeyer*, s. 172 vd.

B motorlu araç sürücüsü gece dümdüz ve geniş bir yolda arabasıyla yolun sağındaki bir ağaca çarpıyor. Araç tamamen hasara uğruyor ve sürücü ile yardımcısı ölüyor. Yardımcının eşi sürücünün mirasçılarında tazminat talep ediyor. Fakat bunun için sürücünün kusurunu ispat etmesi gerekir. Dümdüz bir yolda arabanın sağdaki ağaca doğru hareket etmiş olması sürücünün kusuru konusunda bir görünüş yaratmaya yeterlidir. Zira aracın trafik kurallarına uygun kullanılması halinde, onun yoldan başka tarafa doğru hareket etmesi düşünülemez. Ancak bu olayda sürücüye hiçbir kusur yüklenememesi de olasıdır. Örneğin sürücü trafik kurallarına aykırı bir şekilde karşıdan gelmekte olan bir araçtan kaçmak için son anda direksiyonu kırmış da olabilir. Ancak böyle bir durumun varlığına ilişkin hiçbir emare yoktur. O halde ilk görünüş ispatına uymak gerekecektir¹²⁷.

Yine otobanda bir kamyon, önünden gitmekte olan küçük bir otomobili çığneyip geçiyor. Otomobilde yalnız başına seyretmekte olan sürücü ölüyor. Ama otomobilin ikinci vitesle, yani otobanda mutad olmayan bir vitesle gitmekte olduğu tespit ediliyor ilk görünüş ispatı, kamyon şoförünün kusurlu olduğu yolundadır. Zira otobanda önündeki araç yavaş gitmekte olsa bile kamyon şoförünün kendi hızını ona göre ayarlaması gerekir. Fakat sonradan, otomobilin biraz önce otobanın yan tarafındaki park yerinden ana yola çıkmış olduğu tespit edilirse durum aksi olacaktır. Burada hemen otomobilin kamyon şoförü tarafından görülemeyeceğine, dolayısıyla kusurlu olmadığına dair ciddi bir olasılık çıkar¹²⁸.

Kusurun ispatıyla ilgili olarak bir ameliyat örneği verilebilir. Örneğin bir mide ameliyatından sonra hastanın ateşi aniden yükseliyor. Bunun üzerine yapılan ikinci ameliyatta hastada 10 cm uzunluğunda bir pens unutulduğu görülüyor. Burada da ilk görünüş, ameliyatı yapan ilk doktorun kusurlu olduğu yolundadır. Ancak öyle durumlar olabilir ki, kusurun bulunmadığı kabul edilebilir. Örneğin ameliyatın savaş sırasında ve topçu ateşi önünde mum ışığında yapılmak zorunda kalınması bir pensin orada bırakılmış olmasının diğer tehlikelerden kaçınılmayacak olması gibi¹²⁹.

127. Blomeyer, s. 174.

128. Blomeyer, s. 174. Aynı şekilde tüm trafik kurallarını ihlalin kusur için karine oluşturduğuna ilişkin bkz. Üstündağ, s. 606; Musielak/Stadler, s. 84-85.

129. Blomeyer, s. 175. Kusura ilişkin olarak yeni bir binanın tamamlanmasından birkaç hafta sonra odanın köşesinin çökmesi, lokanta sahibinin içki yerine zehirli bir madenin bulunduğu bir kaptan aldığı bir sıvıyı müşteriye vermesi veya yağ fabrikasında zehirli bir yemek yağının oluşumu halinde bu kişiler kusurlu sayılmaktadır, Musielak/Stadler, s. 84-85.

Nedenselliğin ispatında da ilk görünüş ispatı uygulama alanı bulur. Tazminata muhatap olan kimse ancak kendisinin muhatap olduğu zararı karşılar. Burada da ilk görünüş ispatının önemi vardır:

Bir yüzme havuzunda yüzme bilmeyenlerin tehlikesizce girdiği havuz, kurallara aykırı olarak bir iple işaretlenmemiştir. Yüzme bilmeyen bir kişi iple işaretlenmesi gereken yerin hemen hemen biraz ötesinde sessizce sulara gömülüp boğulur. Acaba boğulmaya havuzun iple işaretlenmemesi mi neden olmuştur? İlk derece mahkemesi bunu olası görmemiştir. Zira bu mahkemeye göre, boğulma tehlikesine maruz kalanlar çoğunla çırpınır ve bağırlarlar. Belki de yüzme bilmeyen kişi bir şok geçirmiş ve bayılmıştır. Yüksek mahkeme ise burada olayın nedeninin iple işaretlenmemiş olmasından ileri geldiği hakkında bir ilk görünüş ispatını görmüştür. Boğulmuş olan kişinin hasta olduğu belirlenmemiştir. Sessizce batmış olmak tek başına bunu ispata yeterli değildir¹³⁰.

İnsan davranışları için de genel tecrübe kuralları, ilk görünüş ispatı düşünülebilir. Örneğin bir tacirin enflasyonda paranın değer kaybetmesinden zarar görmemek için mala yatırım yapması içtihatlarca kabul edilmektedir¹³¹.

Tüm bu örnekleri vermemizin nedeni aslında başından beri belirttiğimiz üzere fiili karinelerle olan yakın ilişkiden (hatta aynılıktan) kaynaklanmaktadır. O halde kısaca ilk görünüş ispatının ispat hukukundaki yerinden de söz edilmelidir.

İlk görünüş ispatı iki açıdan tartışılmaktadır.

Birincisi bu ispatın hakimın delil değerlendirme serbestisine sınırlama getirip getirmediği konusudur ki bu inceleme alanımızın dışındadır¹³². İkinci konu ise ilk görünüş ispatının ispat yükü kuralları içerisindeki yeridir. Bu ispat ispat yükünün ters çevrilmesine yol açar mı, bir ispat kolaylığı mı getirir, yoksa ispatın konusunu mu değiştirir?

Bir görüşe göre ilk görünüş ispatı, ispatı kolaylaştırır. Gottwald'e göre yeterli ölçüde intersubjektif (aynı kanaatte olunan)

130. Blomeyer, s. 175-176. Somut olayda olasılıklar tartılarak en muhtemel olanı seçilecektir. Yani bir olasılık hükmü verilecektir. Yıldırım, s. 133-134.

131. Blomeyer, s. 176.

132. Bu konu da bkz. Blomeyer, s. 169, 178; Rommé, s. 109 vd.

ifade gücüne sahipse artık delil ikamesi kolaylaşmış olur ve detay hakkında münferit ispatlamalara gerek olmadan olay bütününün gerçek olduğu hükmüne varılır¹³³.

Bir görüşe göre ise tecrübe kurallarının varlığı halinde hakim aşağı yukarı bir tespit yapacaktır. Örneğin arkadan çarpan otomobil sürücüsü, somut olayda kurala aykırı davranışı örneğin önündeki araçla arkasındaki mesafeyi az tutmuş olması tespit edilmeden kusurlu sayılmaktadır. Bunu belirlemek için ilk görünüş ispatına gerek yoktur. Bir tecrübe kuralı olarak özellik taşımayan ilk görünüş ispatı reddedilmelidir¹³⁴.

Başka bir görüşe göre ise, usul hukukunun amacı doğru hüküm vermektedir. İspat hukuku mümkün olduğu kadar gerçekteki haline uygun bir olay tespitini garanti etmelidir. Bu da ancak ispat ölçülerinin sıkı (streng) olması ile sağlanır. Subjektif kanaat sağlanamamışsa ispat yükü kurallarına göre karar verilmelidir. İspat ölçüsünü indirmek, hatalı karar ile, sırf "benzer olayların çoğu bu durumda maddi unsurun gerçekleştiğini öngörecektir" diye somut olayda kusuru olmayan tarafı sorumlu tutmak, onu cezalandırmak olur ki, bu ispat hukukuna sorumluluk doğuran bir fonksiyon tanımak demektir. Muhtemel zarar, sebep; muhtemel kısır sorumluluk olarak kabul edilecektir. Oysa sorumluluk ancak maddi hukuktan doğabilir. İspat hukukuna böyle bir fonksiyon tanımak, yargılamada başka bir hukuku geçerli saymak gibi kabulü olanaksız bir sonuç yaratır. Hakimin tam kanaati yerine objektif olarak belirlenmiş bir ölçüyü (olasılık derecesini) esas almak ZPO § 286'ya aykırıdır. Hakimin subjektif kanaati oluşmadan olasılığa dayalı karar vermesi ancak maddi gerekçeli normatif çözümlerin veya hukuk politikasının teklifi olması halinde mümkündür. İspat ölçüsü değişmemelidir¹³⁵.

Leopold'a göre de ilk görünüş ispatı üzerine hasmın ispatı gerekir. Ancak ispat yükünü etkilemez. Aksinin sıkı bir şekilde ispatı (Beweis des Gegenteils) gerekmez. Basit bir karşı delil (Gegenbeweis) ile ilk görünüş ispatı sarsılır¹³⁶.

133. Yıldırım, s. 131.

134. Prütting'in görüşü için bkz. Yıldırım, s. 130. Aynı şekilde Musielak/Stadler, s. 85.

135. Greger'in görüşü için bkz. Yıldırım, s. 129.

136. Yıldırım, s. 135. Aynı şekilde Baumbach/Leuterbach/Albers/Hartman: Zivilprozessordnung, 52. Auflage, München 1994, s. 941; Rommé, s. 153 vd. Yazar delil ikamesi yükünün ya da başka bir ifade ile somut ispat yükünün yer değiştirmesinden söz etmekte ancak soyut ispat yükünün sabit olduğunu belirtmektedir.

Bir başka görüşe göre ilk görünüş ispatı, olayın hüküm kurulacak derecede açık olmadığı hallerde (non liguete) kullanılır. Örneğin denizde çatma olayında uyuşmazlık, ispat yükü kuralları ile çözümlenir. Ancak ispat yükü normlarına göre hüküm tesisi her zaman adil bir karar verilmesini garanti etmez. İspatlanmamış bir iddia "hiçbir zaman vuku bulmamıştır" anlamında kesin şekilde ortaya konmuş değildir. Bu durumda davacı aleyhine hüküm verilmesi ağır bir haksızlıktır. Bunu önlemek için kanuna tabi olmayan ispat yükünün yer değiştirmesi (gezetzfreie Beweislastumkehr) kurumundan yararlanır. Bunun diğer ispat yükü kurallarından tek farkı, mahkemenin tahmin edilen olaydan ayrılması için davalının tam karşı ispata hacet olmadan bir olasılığın varlığını ileri sürmesinin yeterli olmasıdır. İlk görünüş ispatı ispat yükü ile ilgili olduğundan ispat yükünün karşı tarafa geçmesine yol açar¹³⁷.

İspat yükünde kanuna bağlılığın kaldırılması alışılmamış ve tehlikeli bir adımdır. Ancak burada subektif olaya ilişkin belirsizlik (non liguete), ispat güçlüğü onkoşuldur. Bu ispat hakim in yükünü kolaylaştırmakta, onu sıkıcı zor ve özel bir kusur tespiti yükümünden kurtarmaktadır. Tecrübe kuralı onun için sağlıklı insan dimağının, aklının bir ürünüdür. Ancak sırf bu nedenle hukuki güvenlik tehlikeye atılarak boş bir alana terk edilemez. Burada davacı objektif olayı ispat edecek, subjektif olayı ise davalı muhtemel gösterecek bir ispatta bulunacaktır. İspatın konusu fiili bir iddia değil (taetsaeliche Behauptung), aksine bir hukuki ilişkidir (Rechtsverhaeltnis). Burada kusur yasal olarak varsayılmıyor aksine bir ispat aracılığıyla tespit ediliyor. Davalı için de kolaylaştırılmış bir aksini ispat sözkonusu olacaktır¹³⁸.

c. Karineler

aa. Kanuni Karineler

Bir görüşe göre kanuni karineler ispat yüküne gerçek bir istisnadır. Çünkü karine lehine olan taraf o olayı ispat etmekle yükümlü değildir. Aksi ispat edilinceye kadar delil teşkil eder. Fakat karine aleyhine olan taraf aksini ispat edebilir. Bir kısım karineler ise ke-sindir ve aksi ispat edilemez¹³⁹.

137. Wassermeyer, s. 1-3, 14 vd; Musielak/Stadler, s. 199; Walter Zeis; Zivilprozessrecht, 4 neuarbeitete Auflage, Tübingen 1980, s. 164.

138. Wassermeyer, s. 5, 19-20, 30.

139. Kuru, s. 1382-1383; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 346-347.

Bir başka görüşe göre ise adi karinelerde ispat yükü yer değiştirir¹⁴⁰.

Üçüncü bir görüşe göre ise karineler ispat yükünü dağıtmaz ve yerini de değiştirmez. Kanuni karineye dayanan taraf ispat yükünden kurtulursa da aksini karşı taraf ispat edebilir. Ancak bu halde ispat etmek isteyen tarafın getireceği delil, asıl delil (Hauptbeweis) dir¹⁴¹.

Doktrinde delil ikamesi ve ispat yükü ayrımı yapan *Umar/Yılmaz*'a göre ise, karineler ispat yükünü kaldırmaz. İspat yükü başta olduğu gibi (sabit olduğu için) bu yükü taşıyan kişide kalmaya devam eder. Ancak, bu kişi karine nedeniyle o olayı ispat etmekten kurtulur. Karşı tarafa geçen ispat yükü değil, delil ikamesi yüküdür¹⁴².

Kanaatimizce ispat yükü-delil ikamesi yükü yerleşmiş ve açık ölçütleri olan bir ayırım olmadığından kabul edilemez. Bizce burada karine lehine olan taraf karinenin uygulanma şartlarını gösterdikten sonra ispatı gerçekleştirmiş olur. Artık karşı tarafın ispatı asıl ispat (Hauptbeweis) olacaktır.

bb. Fiili Karineler

Başından beri bilinenden bilinmeyen için hakim tarafından tecrübe kuralları aracılığıyla sonuç çıkarılması şeklinde tanımladığımız fiili karineler (veya tecrübe kuralları)'ın ispat hukukundaki etkisi ilk görünüş ispatındaki gibi iki türdür:

Tecrübe kuralları (fiili karineler) delil değerlendirmede önemli bir araçtır. Olayların izlenmesiyle soyut olarak ortaya çıkan bu kurallar geneldir, ortaktır. Hiçbir zaman kesinliği değil, sadece olasılıkları bildirirler. Hakim delillerin güvenilirliğini, inanılabilirliğini kendi tecrübesi aracılığıyla kontrol edecektir¹⁴³. Yaşam tecrübesi istisnai olarak değil, aksine pratik olarak istisnasız her delilin kullanılmasında geçerlidir¹⁴⁴. Hatta tecrübe kuralları indirekt (dolaylı emare-İndizenbeweis) ispatta da kullanılır. Burada diğer bir vakıa

140. Üstündağ, s. 609.

141. Karafakih, s. 178; Bilge/Önen, s. 508.

142. Umar/Yılmaz, s. 174-175.

143. Wassermeyer, s. 9.

144. Wassermeyer, s. 10.

yardımıyla ispat edilen veya işaret edilen emareye ilişkin vakia hakkında hüküm verilir. Delil aracı değerlendirmesi aynı nihai metoda dayandığı için tecrübe kurallarının emare delil olarak adlandırılması haklıdır¹⁴⁵.

Fiili karinelerin (tecrübe kurallarının) tartışılması gereken ikinci önemli fonksiyonu ispat yükü alanındaki etkisidir. Fiili karinenin bir uygulaması olduğunu tespit ettiğimiz ilk görünüş ispatında yöneltilebilir sorular burada da aynen geçerli olacaktır. Fiili karinenin ispat yükü dağılımına etkisi nedir?

Alman hukukunda bir görüş fiili karine ile ilk görünüş ispatı arasında ayırım yapmaktadır. Buna göre ilk görünüş ispatında yasal olay parçalanabilir (örn. illiyet ve kusur). Oysa fiili karinede böyle bir ayırım yoktur. Bir ve aynı vakianın ispatına dayanır. Sonuç olarak ilk görünüş ispatı yasal olayı taksim eder (paylaştırır). Fiili karine ise aleyhte olandan lehte olanı ayırarak dava sonucunu paylaşmak zorundadır¹⁴⁶. Bu ayırım yapıp -deyim yerindeyse- ilk görünüş ispatını mazur gösterip, fiili karineyi ispat yükü kuralı olarak reddetmek için şu gerekçeler getirilmektedir:

Fiili karineye yani tecrübe kuralına güç ve etkinlik veren bir hukuki kaynak veya yargısal kanaat olmadığı sürece ispat yükünün ters çevrilmesinden, karineden, ispattan söz edilmesi anlamsızdır. Tecrübe kuralı yardımıyla, ispat edilmeyen vakialar var sayılacak, ispat yükü ters çevrilmiş olacak ve davalı olasılıklar nedeniyle mahkum edilecektir¹⁴⁷. Fiili karine kötü vicdanlarla çevrilmiş boş formlardan kurtarılmalıdır. Aksi halde sadece ve kolayca gerçeklerin olasılıklarla ikame edilmesi mümkün olacaktır. Böylece tecrübé kurallarına göre ispatın kabul edilmesi halinde ispat hukuku ve yargısal vakia değerlendirmesi kurtarılamaz bir şekilde sathileşecektir¹⁴⁸.

Fiili karineleri uygulanır kılmak için "yaşamın olağan akışı" gibi tecrübe gücü yüksek olasılıklardan veya altın tecrübe kurallarından (goldenen Erfahrungssätze) söz edilmesi de eleştirilmektedir. Fiili karineleri düzenleyen hukuk kuralı olmadığı için çok sınırlı uygulanabilir¹⁴⁹. Ancak yine de bu boş bir çabadır. Fiili

145. Wassermeyer, s. 10, 11.

146. Wassermeyer, s. 141-142.

147. Wassermeyer, s. 32.

148. Wassermeyer, s. 36-37.

149. Wassermeyer, s. 38, 48.

karinelerin amacı dava sonucunu tersine çevirecek niteliktedir. Hakimin isteğine göre gerçek, olasılıklarla ikame edilebilecektir. Bu ise özel adalettir, keyfilik olarak nitelenebilir. Bu nedenle fiili karine bütün formlarıyla ortadan kaldırılmalıdır. Fiili karine ne tespitte ne de ispat yüküne etki eder. Hakim bir vakıyı sadece onun gerçekliğinden emin ise tespit eder ve istisnai olarak ilk görüntüş ispatında ispat yükünün dağılımı ölçüsü sadece kanundan çıkarılabilir. Vakıa hakimi fiili karine kavramından kurtarılmalı ve serbest bırakılmalıdır¹⁵⁰.

İsviçre hukukunda fiili karinenin ispat yükü üzerine etkisi konusunda farklı görüşler vardır: *Kummer* ve *Habscheid*'e göre fiili karine ispat yükünü etkilemez. Sadece delil değerlendirmesine etki eder¹⁵¹.

Başka bir görüşe göre ise fiili karine ispat yükünü etkilemez. Ancak buna benzer bir etki gösterir. Karşı taraf aksini ispat değil, karşı delil gösterecektir¹⁵².

Guldener ise ispat yükünün ters çevrilmesinden söz eder. Bu halin ispat yükü kurallarından ayrılma olmadığı, yargısal kanaatin ispat yükünü oluşturduğu görüşündedir. Ona göre doğal (Fiili) karine vakıalar tam ispatlanmadığı sürece geçerlidir ve aksi ispatlanırsa karine devreden çıkar¹⁵³.

Türk hukukuna gelince,, doktrinde farklı fikirler olduğunu tespit etmek mümkün olmaktadır.

Üstündağ'a göre, fiili karineler ispat yükünü değiştirmez. Ancak bunlar çok defa genel kurallara göre ispat edilmesi gereke-

150. Wassermeyer, s. 48-50; Musielak/Stadler, s. 139 dpn. 35. Yüksek Mahkeme'nin de bu yönde kararları bulunmaktadır. "Zararın gerçekten bu hareketten doğduğunun tespiti şarttır. Sadece mücerret, münhasıran bir zarar verici olay olasılığı tazminata yol açacak (mükellef tutacak) bir olay değildir. Hiçbir zaman maddi hukuka dayalı mücerret bir zarar verici olay olasılığı tazminata yol açacak (mükellef tutacak) bir olay değildir. Hiç bir zaman maddi hukuka dayalı mücerret bir zarar verici olay olasılığı tazminat yükümlülüğüne gerekçe olamaz... Sebebin ispatında burada söylenen aynı şekilde her diğer delil için geçerlidir... Olayın gerçekleştiğinin tespiti zorludur. Fiili karine bu nedenle caiz değildir" RG 98, 59, Wassermeyer, s. 37.

151. Kummer, s. 141; Walter J. Habscheid: Das Recht in Theorie und Praxis, Verlag Helbing Lichtenhahn Basel und Frankfurt am Main 1986, s. 319.

152. Oskar Vogel. Grundriss des Zivilprozessrechts der Schweiz, Verlag Staempfli AG, Bern 1992, s.232.

153. Guldener, s. 326.

cek olan vakıalar yerine bir başka daha kolay ispat edilebilir vakıaları koymak suretiyle ispatın konusunu değiştirir¹⁵⁴.

Karafakih'e göre ise, ispat yükü kendisine düşen tarafın iddiası tecrübe kuralları ile teyit ediliyorsa bunu ispatla yükümlü olmaz. Hakim hayat tecrübelerine göre vakiadan aranan unsurların varlığına kanaat getirirse ispat yükü yer değiştirmeksizin, yerine getirilmiş sayılır. Aleyhine tecrübe kuralı uygulanan taraf bu kuralın aksini ispat edebilir¹⁵⁵.

Belgesay'da hakimin kanaati ile bunları maaruf sayarak ispata muhtaç addetmeyebileceği, ancak aksini iddia edenin ispat edeceği görüşündedir¹⁵⁶.

Bir başka görüşe göre ise lehine karine olan taraf ispat yükünden kurtulur¹⁵⁷.

Kuru'da fiili karinenin ispat yüküne bir istisna olmadığı, lehine olan tarafı ispattan kurtardığı görüşündedir. Fakat karşı taraf fiili karinenin aksini ispat edebilir¹⁵⁸.

Bu konuda son olarak *Umar/Yılmaz*'ın görüşü belirtilmelidir. Yazarlara göre fiili karinelerin hukukla ilgisi yoktur. Sadece delil değerlendirme serbestisinin geçerli olduğu alanda (HUMK. m. 240) göz önüne alınabilirler Burada da çifte fonksiyonları vardır: Birincisi gösterilmiş delillerin güvenilebilirlik derecesini yani ispat gücünü hakim bu kurallara göre belirler. İkincisi ise hakkında delil gösterilmemiş bir iddianın doğruluğunu fiili karinelere dayanarak hakim kabul eder. Bu halde delil ikame etme yükü, o olayın aksini ileri süren tarafa geçer¹⁵⁹.

İçtihatların bu konudaki eğilimine gelince fiili karinelere, yaşamın olağan akışına (normal duruma) dayanan tarafın ispatla zorunlu olmadığı kabul edildiği çoğunlukta izlenmektedir. Normal

154. Yazarmın kanunun fiili karineler kabul ettiğinden söz etmesi ve örnek olarak MK. m. 30 ve MK. m. 301'i örnek vermesi, fiili karine kavramına ters düştüğü için bizce hatalıdır. Üstündağ, s. 605.

155. Karafakih, s. 176-177. Aynı şekilde Bilge/Önen, s. 505.

156. Belgesay, s. 11.

157. Yavuz, s. 394.

158. Kuru, s. 1380. Aynı şekilde Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 345-346.

159. Umar/Yılmaz, s. 166.

durum ölçütünde de değinildiğinden burada birkaç örnek verilmekte yetinilecek ve konu tamamlanacaktır:

“MK’nun 6. maddesi hükmünce kural olarak ispat yükü bu davalarda da davacıya düşer. Çünkü, desteğin bakım gücüne sahip olduğu ya da ilerde bu güce kavuşacağı beklenir bulunduğu ve davacının da bakım ihtiyacı içinde bulunduğu gerçekleşmeli (sabit olmalı) dir ki, destekten yoksun kalındığından söz edilebilir. Zira kural olarak yetişkin çocukların, elverişli ekonomik durumda olsalar bile ana-babalarına bakma ödevleri yoktur... Öyleyse bu tür davalarda davacılar, kendilerinin sosyal ve ekonomik durumlarını, ölenin sağ olması halinde kendilerine düzenli bir şekilde yardım ve muavenette bulunacağını ispatla yükümlüdür. Ne var ki, genel yaşam deneyimlerine ve yaşamın olağan akışına dayanan kişi, artık bu iddiasını ispatla yükümlü değildir. Bilindiği gibi bu kurallar, yani eylemli (ya da beşeri) karene denen yaşam deneyi kuralları, tarafların olay iddialarının doğruluğu veya bir delilin güvenilebilirlik derecesi hakkında hakimin kanaat edinmesine yarayan, yaşam deneyimlerinin ortaya koyduğu değer hükümleridir... Delil değerlendirme serbestisinin yürüdüğü alanlarda (HUMK. m. 240) bu değer hükümleri dolaylı olarak hakim tarafından göz önünde tutulur... Hakim, hakkında delil gösterilmemiş olay iddiasının doğruluğunu, yaşam deneyimi kurallarına dayanarak kabul edebilir ve bu durumda delil gösterme yükü, o olayın aksini ileri süren tarafa geçer. Nitekim Yargıtay emsal niteliğindeki birçok kararında, aynı ilkeyi benimsemiş, genel kural uyarınca zararın, zarara uğrayan davacılar tarafından ispatı gerektiği vurgulandıktan sonra, (genel yaşam deneyimlerine ve çevre telakkilerine göre) birçok davalarda desteklik durumuna, ispat edilmeden sabit saymıştır... Eylemli destek durumunda olmayan çocukların ilerde destek olmaları beklenebilir ise... ölen çocuğun gelecekte ana-babasına bakacağı yaşamın ve olayların akışı içinde beklenebiliyorsa çocuk onlar için destekdir”¹⁶⁰.

Aynı şekilde Yargıtay münzam zararlar ilgili bir kararında da şöyle demektedir:

“Ülkemizde seyreden reel enflasyonun yıllık hızının ortalama %30-%90 oranında, hatta daha fazla olmak üzere seyir takip ettiği bilinen gerçektir. Böyle bir ortamda alacağını zamanında elde eden,

160. HGK. 21.4.1992 1528/412, YKD 1982/8, s.1076-1080. Aynı şekilde 4. HD 20.3.1986 1585/2553, İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi. Fiili karineler ile ilgili diğer kararlar için bkz. Kuru, s. 1380-1382.

ticari hayatın içinde bulunan alacaklının, bunu bir an önce paranın alım gücü kaybını önleyici mal veya hizmet yatırımlarına yönelmesi, banka mevduat faizine, devlet tahviline yatırması veya dövizle dönüştürmesi, yaşanan hayat gerçeklerine uygun bir davranış olarak benimsenmelidir. Enflasyon olgusu, belirli düzeylerde devam ettiği müddetçe buna bağlı olarak para değerinin düşmesi, alım gücünün azalmasında alacağını geç tahsil eden alacaklının zarar gördüğü %30 oranındaki temerrüt faizinin bu zararı karşılamaya yetmeyeceği tartışmasız bir gerçektir... Hal böyle olunca, bu ekonomik olgular davacının ayrıca zararını ispat yönünden kanıt getirmesini ortadan kaldırır normal durumlar ve fiili karneler niteliğinde olduğunun kabulü zorunlu olmaktadır. Davalı bunların aksini ve kusursuzluğunu kanıtlamamıştır¹⁶¹.

Karara ilke olarak katılmakla beraber, Yargıtay'ın fiili karnelerle herkesce bilinen vakıaları aynı değerlendirmeye tabi tutması bizce isabetle değildir. Zira herkesce bilinen hususlarını ispatının gerekmediği (HUMK. m. 238) ancak bu karşı delil getirilebileceği (HUMK. m. 239) kanunda açıkça düzenlenmiştir. Buna karşı fiili karneler bundan farklıdır¹⁶².

HGK ise bu kararında zararın tam ispatını aramış, “varsayım”ların ispat yükünü kaldırmayacağını belirtmiştir:

“Somut olayda kamulaştırma bedel farkının geç ödenmesinden ötürü yasal temerrüt faizini aşan zararın meydana geldiği ileri sürülmüş ve bu zararın doğuşu, enflasyon olgusu ile ödenmesi gereken paranın yatırılmamış olmasına bağlanmıştır. Dava dilekçesinde nasıl belirlendiğine yönelik yeterli bir açıklama yapılmadan 3.000.000 lira olarak belirtilen tazminat talebinde bulunulmuştur. Mahkeme, temerrüt olgusunu kabul ederek zararın miktarını tespit için re'sen arayış içine girmiş Devlet İstatistik Enstitüsünden fiyat endeksleri getirtmiş, bankalardan değişik vadelere ilişkin banka mevduat faiz oranlarını sormuştur. Konu bilirkişiye havale edilmiş, bilirkişi ikili bir hesap yaparak, zarar miktarını enflasyon oranına göre 999.944 lira, altı aylık vadeli mevduat faizine göre ise 1.944.624 lira olarak tespit etmiştir. Hükmedilen ve munzam zarar olarak kabul edilen miktar, altı ay vadeli mevduata göre hesaplanan

161. 13 HD 1.6.1995 267/5451 YKD c. 21, sa. 10, s. 1581.

162. Bkz. yuk. Fiili karnelere benzeyen ve/veya bunlarla ilişkili diğer bazı kavramlar, s. 562 vd.

miktardır. Bu itibarla hüküm, davacının bedel farkını zamanında alması halinde bankaya vadeli olarak yatıracağı ve vadenin de altı ay olacağı varsayımına dayanmaktadır. Varsayımlara dayanarak taraflardan herhangi birisi, Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesinde ifadesini bulan ispat yükümlülüğünden kurtulamaz"¹⁶³.

SONUÇ

Görüldüğü gibi Yargıtay'ın bu konuda çelişik kararları bulunmaktadır. Bu da bütün çalışma boyunca belirtilmeye çalışıldığı üzere hükmün olasılıklara dayanarak verilme olanağının bulunup bulunmadığı ile ilgilidir. Gerçekten de ispat hukukunda tamamen şekli kurallarla hareket etmek, karşılıklı menfaatleri ve özel durumları dikkate almadan hareket etmek adaletsiz sonuçlara yol açabilir. Buna karşılık yasal düzenlemesi bulunmayan soyut genellemelerin yargılamaya sokulması, birbirinden farklı tecrübe kurallarının aynı olayda savunulabilmesi gibi sonuçları getirebileceğinden sağlıksızdır. Ancak özellikle ispat güçlüğü bulunan hallerde ispatla yükümlü olan tarafa yardım edilmesi ve ispatsızlık riskinin paylaşılabilmesi gerekir.

Biz herşeyden önce yasal ispat kurallarının keyfi olarak ters çevrilmesini hukuk uygulaması açısından doğru bulmuyoruz. Bu nedenle fiili karinelerin (tecrübe kurallarının) ispatı kolaylaştırdığı görüşündeyiz. Davacı yine iddiasının haklı gösterecek olayları ortaya koymaktadır. Ancak hakim tecrübe kurallarının yardımıyla tam ispata gerek kalmadan ispatın yapıldığını kabul edebilmelidir. Yani hakimin kanaatini sağlamada kullanacağı yardımcı araçlardır. Tecrübe kuralı ile desteklenmedikçe ispatını yerine getiremeyen kişinin hasmının ispatı tam ispat değil karşı delil olacaktır.

Fiili karinelerin ispata etkilerinin sadece delil değerlendirme serbestisi bulunduğu alanlar olduğu da belirtilmelidir (HUMK. m. 240).

Tecrübe kurallarında ölçü hakimin kendi yaşam tecrübesi olacaktır. Bu ise hakimin davada kişisel bilgisini kullanamaması ilkesinden farklıdır. Belki burada HUMK. m. 275'de sözü edilen "Hakimin hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel bilgi"si bir ölçüt olarak kabul edilebilir. Böylece aslında örneğin trafik kazalarında

163. HGK 23.2.1994, 600/80, karar İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi'nden alınmıştır.

veya kusurun tespitinin gerektiği diğer hallerde hakim bilirkişiye gitmeksizin ilk görünüş ispatı yardımıyla olayı çözebilmelidir.

Hakimin ispat yüküne ilişkin kurallara aykırı davranması, HUMK. m. 428/II'ye göre nispi bir temyiz nedeni olacaktır.

Ayrıca hukukumuzda bulunmayan ilk görünüş ispatının da Alman hukukunda dahi çok tartışmalı bir kurum olduğu belirtilmelidir. İspat güçlüklerinin yarattığı bir kurumdur ve ispatsızlığın sonuçlarını davacı ve davalı arasında paylaşdırmayı amaçlar. Kullandığı araçlar ise olasılık gücü yüksek tecrübe kurallarıdır. Aslında bu anlamda fiili karinelere önemli bir farkı yoktur.

KAYNAKLAR

Sabri Şakir ANSAY: Hukuk Yargılama Usulleri, Yedinci Baskı, Ankara 1960.

Sabih ARKAN: Bankacılıkta Kullanılan Yeni Elektronik Sistemlerle İlgili Hukuki Sorunlar, Türkiye Bankalar Birliği Yayın No: 166.

Ramazan ARSLAN: Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı. Ankara 1989.

Baumbach/Leuterbach/Albers/Hartman: Zivilprozessordnung 52. Auflage München 1994.

Necip BİLGE/Ergun ÖNEN: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.

M. Reşit BELGESAY: İspat Külfeti, İstanbul (tarihsiz).

Necmettin BERKİN: Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1968.

Arwed BLOMEYER: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Takdiri, Çev. Turgut Akıntürk, AÜHFD, C. XXV 1968, Sa. 3-1, s. 167-178.

O. August DAENZER: Die tatsächliche Vermutung, J. Bensheimer 1914, Mannheim, Berlin, Leipzig.

Seyfullah EDİS: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, gözden geçirilmiş 4. Bası, Ankara 1989.

A. Turgut ERTEM: Beyyine, Adalet Dergisi 1948, sa.6, s. 746 vd.

M.P. FABREGUETTES: Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı, Ankara 1945 (Adalet Bakanlığı Çevirisi).

Markus GUGGENBÜHL: Die gesetzlichen Vermutungen des Privatrechts und ihre Wirkungen im Zivilprozess, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich 1990.

- J. HASBSCHEID: Das Recht in Theori und Praxis, Verlag Helbing, Lihtenhahn Basel und Frankfurt am main 1986.
- İ. Hakkı KARAFAKİH: Vasıtalı Deliller, Sabri Şakir Ansay Armağanı, Ankara 1964, s. 169-180.
- Cengiz KOÇHİSARLIOĞLU: Karine ve Borçlar Kanununun 96. Maddesindeki Kusur Karinesi. Yargıtay Dergisi, C. 10 Temmuz 1984. Sa. 3 s. 272 vd.
- Haluk KONURALP: Yazıl Delil Başlangıcı, Ankara 1986.
- KUMMER: Grunniss des Kantons Bern und des Bundes, vierte Auflage, Verlag Staempfli, Creag 1984.
- Nurullah KUNTER: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989.
- Baki KURU: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Beşinci Baskı, c.2, İstanbul 1990.
- Baki KURU/Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 1995.
- Meydan Larousse
- H. Joachim MUSİELAK/Max. STADLER: Grundfragen des Beweisrechts Beweisaufnahme-Beweiswürdigung-Beweislast, München 1984.
- Kemal OĞUZMAN: Medeni Hukuk Derstleri (Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar) İstanbul 1975.
- İ.E. POSTACIOĞLU: Medeni usul Hukuku, 1711 sayılı Kanuna göre Yazılmış, Altıncı Baskı, İstanbul 1978.
- İ.E. POSTACIOĞLU: İspat Külfeti, İÜHFİM, C. XXXLX, Sa. 1-4, 1974, s. 475-501.
- Oliver ROMMÉ: Der Anscheinbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismass und Beweislast, C. Heymans Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München 1989.
- Leo RSENBERG/Karlheinz SCHWAB: Zivilprozessrecht 14. Auflage, München 1986.
- Ömer SİVRİHİSARLI: Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul 1978.
- S. Sulhi TEKİNAY: Medeni Hukuka Giriş Derstleri, İstanbul 1973.
- B. UMAR/E. YILMAZ: İspat Yüğü, İstanbul 1980.
- Saim ÜSTÜNDAĞ: Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1989.

Oskar VOGEL: Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, Verlag Staempfli+Cie AG, Bern 1992.

Heinz WASSERMEYER: Der prima facie Beweis und die benachbarten Erscheinungen, Münster 1954.

Kamil YILDIRIM: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.

Ejder YILMAZ: Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 1992.

Nihat YAVUZ: Adli İspat, Adalet Dergisi, 1977 Eylül-Ekim-Kasım-Aralık, Sa. 5-6, s. 381-199.

Walter ZEIS: Zivilprozessrecht, 4. neuarbeitete Auflage, Tübingen 1980.