

HAK DÜŞÜREN SÜREYE UYULUP UYULMADIĞI KONUSUNDA İSBAT YÜKÜNÜ TAŞIYAN TARAF

Asistan Dr. Bilge UMAR

I. İNCELEMENİN AMACI VE PROBLEMİN ORTAYA KONMASI

Usul kanunlarında ve maddî hukuk kanunlarında bulunan yüzlerce hüküm, belli bir vakıanın veya belli vakıaların şu veya bu hukukî sonucu doğurmasını veya belki de, esasen doğmuş bir hukukî sonucun varlığının devamını, o vakıanın yahut vakıaların belli bir süre içinde ortaya çıkmış olmasına bağlarlar. Kanun hükümlerinin böyle bir süre kabul etmesi halinde ortaya birkaç usulî mes'ele çıkar. Bunların en önemlileri, müşahhas olayda süreye uyulmuş olup olmadığının hâkim tarafından re'sen araştırılıp araştırılmayacağı mes'elesi ve ayrıca, süreye uyulup uyulmadığı konusunda isbat yükünün hangi tarafta bulunacağıdır.

İşte bu yazımızda incelenecek problemler bunlardır. İleride (bkz. II) belirtileceği üzere, söylenen mes'elelere doktrinde ve mahkeme içtihadlarında tatmin edici bir çözüm verildiği, hattâ bir çözüm verildiği söylenemez. Tersine, bu konuda gerek doktrinde gerek içtihadlarda büyük bir karışıklık hüküm sürmektedir. İnceleme konumuz bu bakımdan özellikle ilgi çekiyor.

Burada öncelikle işaret etmek gerekir ki, ilk bakışta düşülebi-
lecek zannın aksine, ortaya koyduğumuz iki problem birbirinin ay-
nı değildir ve aralarında sadece kısmî bir irtibat hali mevcuttur. Doğ-
ru olmadığını söylediğimiz zanna bazı müelliflerde rastlanıyor ve bu
müellifler, ancak mahkemenin pasifliği prensibinin¹ yürüdüğü hal-

1) Dâva malzemesinin toplanması, yâni karara mesned teşkil edecek olan vakıalar malzemesinin temini ve bunlar için delil tedariki işi ya mahkeme ya da taraflara bırakılabilir. Bu iki durumdan birincisinde «mahkemenin aktifliği prensibi»nden veya diğer adıyla «araştırma prensibi»nden; ikincisinde ise «mahkemenin pasifliği prensibi»nden bahsedilir. Birinci prensibin Ceza Usul Hukukunda yürümesine karşılık, Medenî Usul Hukukunda kaideten mahkemenin pasifliği prensibi hâkimdir (HUMK 72, 73, 74, 75, 79). Medenî Usul Hukukunda bu prensibin istisnaları için bkz. *Keller/Pfisterer, Die ZPO für den Kanton Aargau (Kommentar)*, 3. basım, Aarau 1947, § 1, N. 4.

lerde isbat yükü diye bir problemin söz konusu olabileceğini; buna karşılık, mahkemenin aktifliği prensibinin pek istisnaî olarak bütün şümûlü ile yürüdüğü konularda² tarafların bir isbat ameliyesine esasen lüzum bulunmadığını ve bu yüzden de bu hallerde ortaya isbat yükü diye bir mes'elenin çıkamayacağını söylüyorlar³. Bu görüş şu bakımdan doğru değildir ki, mahkemenin re'sen araştırması gereken bir vakıanın var olup olmadığı mahkemenin bu araştırmasına rağmen meşkûk kalabilir ve böyle bir durum ortaya çıkınca, eldeki mes'eleyi⁴ o vakıa için isbat yükünü taşıyan tarafın aleyhinde hükme bağlamaktan başka çare yoktur⁵. Demek ki, inceleyeceğimiz mes'ele bakımından da, hâkimin süreye uyulup uyulmadığını re'sen araştıracağı sonucuna varmak, bu takdirde isbat yükü diye bir problemin ortaya çıkmayacağı anlamına gelmeyecektir.

II. SAVUNULAN GÖRÜŞLER

1. İnceleyeceğimiz mes'eleyi şu veya bu kanun hükmündeki hak düşüren süre bakımından değil de genel olarak ele alan bir Türk Temyiz Mahkemesi içtihadına veya bir İsviçre Federal Mahkemesi yahut Alman Temyiz Mahkemesi içtihadına rastla-

2) Bazan hâkim sadece, taraf ikrarları ile bağlı olmaksızın, önem taşıyan vakıaların isbatını isteyebilir; meselâ ZGB 158/MK 150 gereğince boşanma dâvasında durum böyledir. Fakat bu halde hâkime bundan fazla bir yetki, ezcümle tarafların dermeyan etmedikleri vakıaları re'sen araştırmak tarzında bir yetki verilmiş değildir (*Kummer*, Art. 8 N. 15 ve İsviçre Federal Mahkemesinin BGE 56 II 158 deki kararı). Maamafih Türk hukukunda hâkimin bazı delillere ve bu arada bilirkişiye (HUMK 275, 284), keşfe (HUMK 363) ve ayrıca iki tarafın isticvabına (HUMK 230) re'sen başvurabileceği hatırlanmalıdır.

Buna karşılık bazan, mahkemenin aktifliği denen prensip bütün şümülü ile yürür ve hâkim bu hallerde re'sen vakıaların tahkikine, delil tedarikine girişebilir ve hattâ taraflarca talep vâki olmadan bazı kararlar verebilir. Meselâ boşanma dâvasının ikamesini müteakip ZGB 145/MK 137 deki geçici tedbirlerin alınmasında ve vasî tâyini sırasında ZGB 386/MK 370 in gösterdiği geçici tedbirlerin alınmasında durum böyledir.

3) *Baumbach/Lauterbach*, Anhang zu § 282, N. 1 A.

4) Fakat behemahal dâvayı değil. Çünkü bir ön veya yan mes'ele için kendine düşen isbat yükünü yerine getirmeyen tarafın dâvayı kaybetmesi zarurî ve muhakkak değildir.

5) *Kummer*, Art. 8, N. 25.

madık. İsbat yükü ile ilgili Türk, İsviçre, Alman ve Fransız literatüründe de mes'eleyi genel olarak ele aldığı görülen müellif pek azdır. Bunların birbirine uymayan görüşlerini aşağıda özetliyeceğiz. Keza, mes'eleyi münferit kanun maddelerindeki hak düşüren süre ile ilgili hükümler bakımından ele alan eserlerde ve içtihatlarda da görüş birliğine rastlanmıyor.

2. Mes'eleyi genel olarak ele alan müellifler birbirine tamamen aykırı şu iki çözümü savunmaktadırlar :

a) Birinci görüşe nazaran, hak düşüren süre, adından da anlaşılacağı üzere, bir hukukî sonucu düşürmektedir. Şu halde, süreye uyulmuş olması, iddia edilen hukukî sonucun doğum unsuru yâni bir hak doğuran vakıa sayılamaz; tersine, sürenin geçirilmiş olması, bir hak düşüren vakıadır.

Bundan iki zarurî sonuç çıkarılmaktadır. Birinci olarak, hak düşüren süreye uyulup uyulmadığını hâkim re'sen araştıramaz. Çünkü hak düşüren vakıalar bakımından hâkimin böyle bir yetkisi yoktur⁶. Bununla bağlantılı olan ikinci sonuç da şudur: hak düşüren sürenin geçirilmiş olması bir itiraz teşkil ettiğine göre, bunun için iddia ve isbat yükü sürenin geçirildiği vakıasından faydalanan kimseye, yâni hukukî sonucun doğumunu iddia etmiş kimsenin hasmına düşer. Gerçekten, süreye uyulmuş olması hukukî sonucun doğum unsurlarından olmadığına göre, gerekli vakıaların tesbit edilmesi o hukukî sonucun doğumunun mahkemece tanınmasına yeter; başka bir deyişle, hukukî sonucun doğumunu öne süren tarafın ayrıca «sürenin geçirilmemiş olduğunu da» iddia ve isbat etmesi gerekmez. Tersine, sürenin fonksiyonu hukukî sonucu düşürmek olduğuna göre bu sürenin geçirilmiş olması hasım lehine

6) Hâkim kaideten, yâni mahkemenin pasifliği prensibi çerçevesinde, ancak hakkın doğum unsuru olan vakıaların gerçekleştiği konusunda o hakkın varlığını iddia eden tarafı isbata dâvet edebilir ve istisnâî olarak da, yâni mahkemenin aktifliği prensibinin bütün şümülü ile yürüdüğü pek nadir hallerde (bkz. geride dn. 2), o vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmasına re'sen girer. Buna karşılık, hakkın düşmesi sonucunu doğuran bir vakıanın öne sürülmesi, teknik anlamda bir itiraz (usulî ve geniş anlamı ile, bir defi) teşkil eder. Hâkim böyle bir vakıanın gerçekleştiğini usulü dairesinde öğrenince, bir talep beklemeden re'sen nazara alabilir; fakat bu, re'sen araştırmak' dan farklıdır.

7) Bu kavram için bkz. *Umar*, İsbat Yükü Kavramı ve Bununla İlgili Diğer Bazı Kavramlar, İHFM 1962, c. 28, No. 3 - 4.

sonuç doğurmaktadır ve bu yüzden, sürenin geçirildiği konusunda iddia yükü⁷ ve isbat yükü hasma düşer⁸.

Bu görüşün başlıca savunucusu, Alman hukukunun büyük üstadı *Leo Rosenberg*'dir⁹. İsbat yükü konusundaki monografisiyle

8) Burada işaret etmek gerekir ki, isbat yükünün kime düştüğünü tâyin etmek iddiasında bulunan MK 6 gerçekte hemen hemen hiç birşey halletmez (*Postacıoğlu*, Usul, s. 387). Bu madde, mehzadan son derecede eksikli ve kötü tercüme edilmiştir (*Sausser - Hall*, s. 175 de, Türkçe bilmediği için olacak, MK 6'nın ZGB 8 lâfzını aynen tekrar ettiğini söyleyebilmektedir). Mehz Art. 8 in Almanca metnine göre, «Kanun başka bir çözüm tâyin etmedikçe, iddia edilmiş bir vakıanın varlığını, bundan (vakıadan) kendi lehine haklar doğan kimse isbat etmelidir»; Fransızca metne göre de, «Taraflardan her biri, kanun aksini emretmedikçe, hakkını istihrac etmek üzere dermeyeran ettiği vakıaları isbat zorundadır». İtalyanca metin kısmen farklı olmakla beraber aynı mealde-dir: «Kanun başka türlü emretmedikçe, kendi hakkını kendisi tarafından dermeyeran edilen bir vakıa durumundan istihrac eden kimse bunun (vakıa durumunun) delilini ikame etmelidir». Bu ifadelerden anlaşıldığı üzere, kendi lehine bir hukukî sonucun doğumunu iddia eden taraf, o hukukî sonucun doğumu için ilgili hukuk normu tarafından gerçekleşmesi şart kılınan vakıaların yâni hak doğuran vakıa denen vakıaların gerçekleştiğini isbat yükü taşır; buna karşılık, hasım taraf, söz konusu vakıalara rağmen diğer bir norm veya bizzat aynı norm tarafından belirtilen bazı hak engelleyici vakıalar dolayısıyla o hukukî sonucun doğmadığını yahut da hakkı düşüren vakıalar sebebiyle düştüğünü iddia ediyorsa, kendi lehine fonksiyonu olan bu vakıalar için isbat yükünü taşıyacaktır. Bunun gibi, hasım taraf, hakkın kullanılmasını engelleyen bir vakıaya dayanıyorsa, yâni kanunun kendisine tanıdığı teknik anlamda bir defi hakkını kullanıyorsa, bu defi hakkının mesnedini teşkil eden vakıanın (meselâ zaman aşımı süresinin dolduğunun; bunlara hakkın kullanılmasını engelleyen vakıa denir) gerçekleştiğini isbat etmelidir.

Türk MK metninin İsviçre ZGB metninden farklı olmasının hiçbir önemi yoktur. Nitekim Afşin hâkimi *A. T. Ertem*, Ad. Der. 1948, s. 747 de, MK 6'yı ZGB 8'e tamamen uygun tarzda (yukarıdaki gibi) yorumlamaktadır. Gerçekten bu çözüm, hususî hukukun genel prensiplerinden çıkar ve bu yüzden, isbat yükü konusunda genel bir kanun kaidesinin bulunmadığı Almanyada aynı çözüm ittifakla benimsenmektedir (*Rosenberg*, s. 98; *Betzinger*, s. 2; *Gaupp/Stein/Jonas*, § 282, IV 4 a; *Baumbach/Lauterbach*, Anhang zu § 282, N. 2; *Oertmann*, s. 163 - 164; *Nikisch*, s. 319 - 320; *Schönke/Schröder/Niese*, § 58 III). Keza, borç münasebetleri için sevk edilmiş olmakla beraber genel bir hüküm gibi yorumlanan Fransız CC art. 1315 den çıkarılan çözüm de budur (*Bonnier*, No. 36, s. 30; *Aubry/Rau*, c. 12, 5. basım, s. 81; *Colin/Capitant/de la Morandière*, c. 1, No. 116, s. 72; eksik olarak *Marty/Raynaud*, c. 1, No. 213). 1942 tarihli yeni İtalyan Medenî Usul Kanunu m. 2697 dahi aynı çözümü benimsemektedir (madde şöyledir: «Mahkeme nezdinde bir hakkı dermeyeran etmek isteyen kimse, onun temelini teşkil eden vakıaları isbat etmelidir. Böyle vakıaların etki doğurmuş oldukları defini veya hakkın değişikliğe uğramış olduğu yahut düşmüş olduğu defini ileri süren, kendi definin istinad ettiği vakıaları isbat etmelidir»).

tanınmış diğer bir Alman müellifi, *Betzinger* de aynı görüştedir¹⁰.

b) İkinci görüş ise birincinin tamamen zıddı olan çözümü savunmaktadır. Bu ikinci görüşe nazaran, hak düşüren süre denen sürelerin bir dâva imkânını veya bizzat hakkı düşürdükleri gerekçe gösterilerek bunlar için, tıpkı zamanaşımı sürelerinde olduğu gibi, isbat yükünün, sürenin geçirildiğini iddia eden tarafta bulunduğunu söylemek yanlıştır. Çünkü zamanaşımı defî bir karşı - hak kullanmak anlamına gelir ve bu yüzden borçlu, bu hakkın unsurlarının gerçekleştiğini (sürenin dolduğunu) isbat yükü taşır. Halbuki hak düşüren sürelere uyulmuş olması, öne sürülen hakkın doğum unsurudur; yâni bir hak doğuran vakıadır. Bu yüzden, hak düşüren süre denen süreye uyulmuş olduğu, hukukî sonucun doğumunu öne süren tarafça iddia ve isbat edilmelidir¹¹.

Bu görüşü savunan müelliflerce açıkça belirtilmiş olmamakla beraber, söylenen görüşün tabîî sonucu şu olacaktır ki, süreye uyulmuş olması hukukî sonucun bir doğum unsuru olduğuna göre, hâkim bu unsurun gerçekleşmiş bulunduğu konusunda, hukukî sonucun doğumunu öne süren tarafı — hasmın bir iddiada bulunmasını beklemeden — isbata davet edecektir. Çünkü bir hukukî sonucun doğum unsurlarının tamamen gerçekleştiği tesbit edilmedikçe o hukukî sonucun doğumu mahkemece tanınmaz. Halbuki birinci görüş çerçevesinde hâkim, süreye uyulup uyulmadığını re'sen araştıramıyordu.

3. Mes'eleye sadece münferit kanun maddelerindeki hak düşüren sürelerle ilgili hükümler bakımından dokunan müelliflerin de sonuç itibariyle bu iki görüşten birine veya diğerine katıldıklarını görüyoruz. Kayda değer ki bazan aynı kanun hükmü (meselâ şüf'a-

9) *Rosenberg*, s. 382. Müellif şöyle diyor: «Hak düşüren süreleri ve bunların sonuçlarını düzenleyen normların çoğunun ifade ediliş tarzından, fakat keza işin özüne müteallik sebepler dolayısıyla de, istisnasız bir kaide ortaya çıkar ki, (bu kaide) zamanaşımı süresi mes'elesindeki isbat yükünün paylaştırılması kaidesine esas itibariyle intibak eder. Yâni kim bir hak düşüren sürenin sonuçlarını dermeyan ediyorsa, (bu kimse) sadece sürenin ne zamandan itibaren işlemeğe başladığını ve (artık) dolduğunu isbat etmelidir; bundan sonra hasım, kendisinin fiili süre içinde yapmış bulunduğunu veya, eğer bunun önemi varsa, kendi kusuru olmaksızın fiili zamanında yapmaya muktedir olmadığını isbat etmelidir».

10) *Betzinger*, s. 174.

11) *Wyss*, s. 31 ve orada dn. 143 deki atıflar; *Kummer*, Art. 8, N. 312.

daki kullanma süresi) bakımından mes'eleyi ele alan müelliflerde birbirine aykırı çözümlere rastlanmaktadır.

III. GÖRÜŞÜMÜZ

1. Görüldüğü üzere, varılan sonuçların farklılığı, hak düşüren süre denen sürelerin fonksiyonu konusunda ayrı görüşlere sahip olmaktan doğmaktadır. Şu halde, hak düşüren süre adının etkisi altında kalmadan, bu sürelerin fonksiyonunu araştırmak ve tâyin etmek, asıl problemimizin bir (ve tek) ön mes'elesini teşkil eder.

2. Fikrimizce, hak düşüren süre denen sürelerle ilgili normların daima aynı fonksiyona sahip olup olmadıklarının incelenmemesi, mes'elenin ihtilâflı kalmasının başlıca sebebini teşkil etmiştir. Gerçekte bu normlar, fonksiyonları bakımından kategorilere ayrılabilirler ve ayrılmalıdırlar. Bu konuda yapılacak tefrik, görüleceği üzere, savunulan iki zıd çözümün de yer yer, yâni her birinin ayrı faraziyeler için doğru olduğunu ortaya koyacaktır.

3. Fonksiyonları bakımından hak düşüren sürelerle ilgili normlar şu kategorilere ayrılırlar :

a) Birinci kategoriye dahil olan normlarda, süreye uyulmuş olması maddî hukuk bakımından herhangi bir hakkın doğum şartı değildir. Bunların ilişkin oldukları konularda hak veya yetki, hiç şüphesiz olarak, süre ile ilgisi bulunmayan başka vakıaların gerçekleşmesi üzerine doğmaktadır. Ancak, bu hak veya yetkinin bir dâva içinde dermeyan edilmesi imkânı belli bir süreye bağlanmıştır. Sürenin geçirilmiş olması belki maddî hukuk bakımından hakkın özüne hiç etki etmez, belki de hakkın kendini dahi düşürür. Buna rağmen, bu sürelerle uyulmuş olması, Medenî Usul Hukuku bakımından, dâvanın bir dinlenme şartı fonksiyonuna sahiptir¹². Oysa ki dâvanın dinlenme şartları, tıpkı maddî hukukun hak doğuran vakıaları gibi, hasım tarafça bir iddia öne sürülmesi gerekmeksizin varlıkları isbat edilmek gereken şartlardır¹³.

12) *Schönke/Schröder/Niese*, § 45 III 1, s. 208.

13) Bu husus bizzat *Rosenberg* tarafından, diğer bir eserinde (*Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 7. basım, München - Berlin 1956, § 89 IV 2, s. 412) belirtilmektedir. Hâkim, isbat yükünü taşıyan tarafı, bunların isbatına re'sen davet eder, fakat kendisi re'sen araştırmaya girişmez (*Rosenberg*, aynı yer).

Şu hale göre, hak düşüren süreye uyulmuş olmasının dâvanın bir dinlenme şartını teşkil ettiği bütün faraziyelerde hâkim bu vakianın gerçekleştiği konusunda dâvacıyı re'sen isbata davet edecektir ve meşkûk kalma halinin tehlikesi, başka bir deyişle isbat yükü, dâvacıya düşecektir. Söz konusu hak veya yetkinin dâva yolu ile değil defi olarak öne sürülmesi halinde dâvalı aynı durumda bulunacaktır (reus in excipiendo fit actor).

Bu faraziye örneği olarak ZGB 308/MK 296 daki babalık dâvası ile ilgili hak düşüren süre¹⁴, ZGB 934/MK 902 deki hak düşüren süre¹⁵ ve SchKG 292/İİK 284 deki iptal dâvası ile ilgili hak düşüren süre¹⁶ gösterilebilir.

14) Müelliflerin çoğu (*Silbernagel/Wäber*, Art. 308 N. 7; *Egger*, m. 308 N. 7; *Çağa* tercümesi s. 221; *Saymen/Elbir*, Aile Hukuku, s. 432; *Velidedeoğlu*, Aile Hukuku, s. 330; *Özsunay*, İHFM 1963, c. 29, N. 1 - 2, s. 219 - 220; *Ehrlich*, SJZ 1933 c. 30, N. 11, s. 161) buradaki sürenin zamanaşımı süresi olmayıp bir hak düşüren süre olduğunu belirtmekte, fakat sürenin geçip geçmediği konusunda isbat yükünün kime düştüğünü belirtmemektedirler. Bazılarının kullandığı «süre zamanaşımı süresi mahiyetinde olmadığından hak düşer» mealindeki ibarelerin, hattâ *Ehrlich*'in «sürenin geçmesi hak düşüren bir vakıadır» demesinin, alışlagelmiş bir ifade tarzının tekrarlanmasından ibaret olup olmadığı belli değildir. Temyiz Mahkememizin içtihatlarına gelince; bazı kararlarda (ezcümle 2. HD. nin 1.3.1949 tarih ve E: 6658, K: 1055 sayılı kararı; aynı dairenin 6.10.1950 tarih ve E: 4810, K: 4490 sayılı kararı; yine aynı dairenin 10.12.1945 tarih ve E: 3088, K: 1889 sayılı kararı. Anılan kararlar *Olgaç*, MK, m. 296 altında zikredilmişlerdir) zamanaşımı sözü kullanılmış olmakla beraber maddedeki sürenin bir hak düşürücü süre olduğu Temyiz Mahkememiz tarafından açıkça belirtilmiştir (2. HD. nin 9.12.1947 tarih ve E: 5857, K: 6430 sayılı kararı; *Olgaç*, aynı yer). Kararlarda, isbat yükünün kime düştüğü konusunda açık bir işaret yoktur. 2 HD. nin 25.9.1951 tarihli ve E: 4774, K: 6022 sayılı kararında (TİK 1952, c. 1, s. 34) «... dâvanın müddetinde açılıp açılmadığı hususu düşünülerek ...işin... halli lâzım gelmiş...» denmekle beraber, süreye uyulmadığı konusunda bir iddia öne sürülmüş iken bunun tahkik konusu yapılmaması sebebiyle mi yoksa süreye uyulup uyulmadığı re'sen araştırılmak gerektiği halde bunun yapılmaması sebebiyle mi hükmün bozulduğu içtihat metninden anlaşılamamaktadır. Yine 2 HD. nin 22.2.1955 tarih ve E: 987, K: 969 sayılı kararında (TİK 1955, c. I - II, s. 23) «... dâvanın müddetinde açılmamış olduğuna dair ileri sürülen itirazlar...» denmekle beraber burada itiraz sözünün kullanılmasından anlam çıkarmağa çalışmak doğru olmasa gerektir.

15) *Wieland* Art. 934 şerhinde (*Bovay* tercümesi, N. 6 sonu, s. 422) sürenin hak düşüren süre olduğuna işaret etmekle yetinmiştir. *Saymen/Elbir*, Türk Eşya Hukuku (birinci basım), s. 104 de keza aynı hususa işaret edilmekte ve sürenin hâkim tarafından re'sen nazara alınabileceği belirtilmektedir; maamafih bu işaret konumuz bakımından pek aydınlatıcı değildir. *Hombberger*, Art. 934 N. 15 ise keza sürenin hak düşüren süre mahiyetini belirttikten son-

Söylenen faraziye için vardığımız çözüm, pek çok zaman, pratik ihtiyaçlara da uygundur¹⁷. Çünkü bu çeşit hak düşüren sürelerin başlangıcı çok kere dâvacının bir vakiya, özellikle hasmının bir fiiline ittila tarihidir. Dâvacı kendi ittilainin vaki olduğu tarihi nisbeten daha kolaylıkla isbat edebilir; buna karşılık hasım, ittilain dâvacı tarafından iddia edilen tarihte değil de daha önce vuku bulunduğunu ve bu yüzden sürenin geçirilmiş bulunduğunu isbat edebilmek bakımından pek elverişsiz bir durumdadır.

b) İkinci kategori de sonuç bakımından birinciye benzer. Bu ikinci kategoriye dahil olan normlar, belli bir vakianın ve ezcümle bir hukukî fiilin şu veya bu hukukî sonucu doğurmasını, bu vakianın belli bir zaman süresi içinde ortaya çıkması şartına bağlamıştır. Meselâ Alman hukukunda irade fesadına rağmen muteber olan hukukî muamelenin iradesi fesada uğramış kimse tarafından iptali ancak, yenilik doğuran bir hak olan bu iptal hakkı (BGB § 119) belirli bir süre içinde kullanılmakla mümkün olur¹⁸. Şu hale göre söz

ra, süreye uyulup uyulmadığı konusunda isbat yükünün dâvalıya düştüğü görüşünü açıkça belirtmektedir. *Akipek*, s. 68 aynı fikirde görünüyor, çünkü oradaki izahat, s. 67 deki «Beyyine külfeti bakımından dâvalının durumu» başlığı altında verilmektedir.

16) Bu sürenin kısmen dahi bir zamanaşımı süresi mahiyetinde olmayıp bütünüyle bir hak düşüren süre olduğu konusunda *Umar*, İptal Dâvası, s. 112 ye bakınız. Bu süreye uyulduğunu isbat yükünün iptal dâvacısında bulunduğu ve hasmın, süreye uyulmadığı konusunda isbat yükü taşımadığı bildiğimize göre ittifakla kabul edilmektedir (*Umar*, a.g.e., s. 112 ve orada anılan *Hangartner* ve *Blumenstein*. Ancak, yine aynı yerde anılan *Tunçomağ*'ın süreyi zamanaşımı süresi sayan görüşü çerçevesinde isbat yükünü iptal dâvası hasmının yüklenmesi tabii olur).

17) Bir yanlış anlamayı önlemek için işaret edelim ki, bir vakiayı isbat yükünün şu veya bu tarafta bulunmasının pratik ihtiyaçlara uygun bulunması, isbat yükünün paylaşılması bakımından ancak ve ancak kanunkoyucu için yol gösterici önem taşıyabilir. Yoksa, bir vakia için isbat yükünü kimin taşıdığına hâkim isbat kolaylığını veya diğer bir takdir ölçüsünü nazara alarak karar verecek değildir. Bu mes'elenin münakaşasına girmeden belirttiğimiz hususu aynen ifade etmiş bulunan *Kummer*, Art. 8 N. 184'ü anmakla yetinelim (burada İsviçre Federal Mahkemesinin aynı istikametteki müstakar içtihatlarına birçok örnek gösterilmiştir).

18) Ekz. *von Tuhr*, c. I, § 39 I (*Edege* tercümesi, s. 321). BGB § 121 gereğince iptal hakkı, iptal sebebi öğrenilince gecikmeden kullanılmalıdır; fakat irade beyanının yapılmasından 30 sene geçmekle artık iptal hakkı kullanılamaz. «Gecikmeksizin» sözü doktrinde «kusurlu bir gecikme olmaksızın» tarzında yorumlanmaktadır (*Palandt*, BGB, 21. basım, München - Berlin 1962, § 121 N. 3).

konusu süreye uyulması, iptalin muteber sonuç doğurduğu iddiasında bulunan kimse¹⁹ lehine sonuç doğuran bir vakıadır ve bu yüzden onun tarafından isbat olunmak gerekir²⁰. Maamafih İsviçre - Türk hukukunda durumun farklı olduğunu ileride göreceğiz.

Keza, şüf'a hakkının kullanılışı ile ilgili bir aylık süreye ilişkin normun (ZGB 681/MK 658 f. III) fonksiyonu da böyledir. Bir yenilik doğuran hak olan şüf'a hakkının doğumu hiç şüphesiz süre ile ilgili değildir; fakat bu hakkın kullanılarak muteber sonuç doğurması ancak kullanma süresine uyulmuş olmasına bağlıdır. Binaenaleyh şüf'a hakkının varlığı tesbit edildikten sonra bu hakkın süre içinde kullanılmış olup olmadığı ihtilâflı ise isbat yükü, şüf'a hakkının süre içinde kullanılıp muteber sonuç doğurduğunu iddia eden taraftadır (bu taraf çoğu zaman şüf'a hakkı sahibidir).

Şüf'a hakkı bakımından varılan bu çözüm Türk doktrin ve içtihatlarında ihtilâflıdır. Benimsediğimiz çözümü savunan müelliflere ve kararlara²¹ karşılık, *F. Feyzioğlu* başka bir görüş belirtmekte²² ve kendi görüşüne uygun bazı Temyiz Mahkemesi kararlarını da zikretmektedir²³. Müellif şöyle diyor: «Şüf'a hakkının ... ittiladan iti-

19) Bu kimse çoğu zaman bizzat iradesi fesada uğramış kimsedir.

20) Almanyada aksi çözüm benimsenmektedir (*Palandt*, § 121 N. 6; *Soergel/Siebert*, § 121 N. 6; *Denecke/Johannsen/Kregel/Krüger - Nieland*, § 121 N. 13; Alman Temyiz Mahkemesinin RGZ c. 57, NF 7, s. 358 ve sonrakilerde yayınlanmış 7 Mart 1904 tarihli kararı, s. 362). Anılan müelliflerin hiç birinde gerekçe yoktur ve bazıları sadece 7 Mart 1904 kararına atıf yapmakla yetinmişlerdir. Kararın ilgili yeri, iki satırlık gerekçesinde, BGB § 119 daki vakıalar gerçekleşince doğan iptal hakkının § 121 deki durum gerçekleşince düştüğünü ve bu yüzden § 121 de gösterilen tarzda iptal hakkının kullanılmadığı vakıası için isbat yükünün irade fesadına uğramış kimsenin hasmında olduğunu belirtmektedir. İptal hakkının zamanında kullanılmamış olması kararın söylediği gibi bir hak düşüren vakıa olsa idi çözüm şüphesiz yerinde olurdu; fakat karardaki gerekçe bu tavsifi haklı gösteremez. Çünkü nizalı olan, iptal hakkının doğup doğmadığı veya doğmuş olan bu hukukî sonucun halen mevcut olmakta devam edip etmediği değildir; tersine, bir kere doğduğu kabul edilen bir hakkın (çünkü irade fesadının varlığı evveleminde tesbit edilmek gerekir) muteber sonuç doğuracak yolda ve bunun için kanunun emrettiği şekle uyularak kullanılıp kullanılmadığı ihtilâflıdır. Hakkın bir kere doğması, onun usulü dairesinde kullanılmış olduğunu zarurî göstermez.

21) *Sebük*, Şüf'a, Vefa ve İştira Hakları, İstanbul 1951, s. 110; *Olgaç/Karahasan*, s. 127 ve orada zikredilen VI HD nin 7.7.1955 tarih ve E: 3974 K: 3450 sayılı kararı.

22) *Feyzioğlu*, s. 209.

23) I. HD 31.5.1951, E: 3749 K: 2933 ve VI. HD 6.12.1952, E: 799 K: 2577.

baren bir ay içinde kullanılmış olması asıl dır. Bu hakkın mezkûr müddet içinde kullanılmadığını iddia ise hilâfı asıl dır. Bu itibarladır ki dâvanın sukutu hak müddeti içinde açıldığını dâvacı isbat mecburiyetinde değildir; bil'akis dâvanın, ittilai müteakip bir ay zarfında açılmamış olduğunu isbat külfeti dâvalıya (müşteriye) râcidir».

Biz sayın müellifin fikrine katılamıyoruz. Gerçekten, şüf'a hakkının hak düşüren süre içinde kullanılmış olmasının asıl sayılması için hiçbir sebep yoktur. *Feyzioğlu*'nun bu noktadaki görüşü, «vakıaların hukuka uygun cereyan ettiği asıldır» tarzındaki fikrin etkisi altında kaldığı intibaini vermektedir²⁴. *Feyzioğlu* muhtemelen, isbat yükünün normal durumun aksini iddia eden tarafa düşüğünü söyleyen ve başka bir isbat yükünü paylaşırma kriteri kabul etmeyen *Egger*'den²⁵ ilham almış ve bu sebeple, isbat yükü problemini çözebilmek için, hangi iddianın normal duruma uygun (yâni asıl) olduğu konusunda bir sonuca varmak zorunda bulunduğu düşüncesinden hareket etmiştir. Gerçekten, bir iddianın normal duruma uygun olması, bir «ilk görünüş delili: prima facie Beweis» sayesinde tesbit lüzumunun ortadan kalkmasına, yâni isbat yükünün²⁶ taraf değiştirmesine yol açabilir. Fakat bu, bir vakıa hakkında isbat yükünün kime düştüğünü tâyin için, ileri sürülen iddialardan hangisinin normal duruma uygun bulunduğunu araştırmak gerektiği sonucuna yol açmaz^{26 a}.

İkinci bir örnek olarak ZGB 567 f. II/MK 546 cümle 2 deki, mirası red süresine ilişkin hüküm ele alınabilir. Bu madde, kanunî mirasçı murisin ölümüne muttali olduktan sonraki bir X tari-

24) Değerli bir monografinin sahibi bulunan *Decottignies*, isbat yükü konusundaki önemine biraz ileride işaret edeceğimiz «normal durum» kriterinin bazan pek geniş uygulanmak istendiğine işaret etmekte ve bu ifrat eğilimini şiddetle tenkid etmektedir. Gerçekten, meselâ *Baudry - Lacantinerie/Barde*, c. III, N. 2060, s. 421 sonunda da gördüğümüz «asıl olan, kimsenin kimsene borçlu olmadığıdır» fikrini *Decottignies*, s. 215 yerinde düşüncelerle tenkid ve red ediyor. Bunun gibi, *Belgesay*'da (MK Şerhi, m. 6, N. 2 ve HUMK Şerhi, 3. basım, c. 3, İsbat Teorisi, s. 9) ve *Saymen*'de (Umumî Esaslar, s. 383) görülen «asıl olan, vakıaların hukuka uygun cereyan etmiş olmasıdır; normal durum budur» tarzındaki fikir de bizce aynı ifratın bir ifadesidir ve tamamen mesnedsizdir.

25) *Egger*, Art. 8 N. 9 ve sonrakiler (*Çernis* terc., s. 129).

26) Daha doğrusu, delil ikamesi yükünün. Bu konuda bilgi için geride dn. 7 de zikredilen yazımıza bkz.

26 a) Fakat *Feyzioğlu*'nun görüşünde, sonuç itibariyle bir gerçek payı vardır, bkz. metinde IV.

hinde kendisinin mirasçı olduğunu öğrenmişse, red süresinin o X tarihinden itibaren başlayacağını belirtmekte ve bu vakıa için isbat yükünün mirasçıya yâni süreye uyulduğunu iddia eden tarafa düştüğünü açıkça söylemektedir.

*Stoos*²⁷, bu faraziyede isbat yükü hakkındaki genel kuraların getirdiği çözümden inhiraf edildiğini iddia etmektedir. Bundan anlaşıldığına göre, adı geçen müellif, süreye uyulmamış olmasını hak düşüren bir vakıa saymakta ve tıpkı *Rosenberg* gibi, hak düşüren sürelerde isbat yükünün, genel kural olarak, süreye uyulmadığı iddiasında bulunan tarafa düşeceği fikrini benimsemektedir. Halbuki ele aldığımız örnekte bu görüş yerinde olamaz. Çünkü red hakkı, ancak belli süre içinde kullanılmakla hukukî sonuç doğurur; böyle bir hukukî sonucun doğumunun mahkemece kabul edilebilmesi için süreye uyulmuş olduğu meşkûk kalmamış olmalı, yâni isbat edilmelidir. Bundan anlaşılır ki incelediğimiz örnekte isbatsızlığın tehlikesi yâni isbat yükü, süreye uyulduğu iddiasında bulunan taraftadır.

Andığımız maddenin hak düşüren sürelerde isbat yüküne ilişkin olarak ortaya attığı mes'ele bundan ibaret değildir. Çünkü madde, red süresinin *k a i d e t e n* (yâni kanunî mirasçı mirasçılık sıfatını, murisin ölümüne ittila kesbettikten daha sonra öğrenmiş bulunduğunu isbat etmedikçe) murisin ölümüne ittila tarihinde başlayacağını belirttiği halde, murisin ölümüne ittila tarihi konusunda isbat yükünün kime düşeceğini açıklamamaktadır. Bu mes'ele de, az önce verdiğimiz gerekçe dolayısıyla, isbat yükünün süreye uymak iddiasında bulunan mirasçıya ait olduğu tarzında çözülmek gerekir.

Önemle işaret etmek gerekir ki incelemekte olduğumuz bu ikinci kategoriye dahil normlarda, süreye uyulmuş olması dâva veya defi temeline dahil olduğundan hâkim, süreye uyulmamış bulunduğu yolunda bir itiraz öne sürülmesini beklemeksizin, isbat yükünü taşıyan tarafı isbata dâvet edecektir. Fakat hâkim bundan fazla bir yetkiye, yâni süreye uyulmuş olup olmadığını re'sen araştırmak yetkisine sahip değildir (geride dn. 2 ye bkz.).

c) Böylece, hak düşüren sürelerle ilgili normlar içinde, fonksiyonları itibariyle farklı iki kategori tefrik etmiş bulunuyoruz. Fakat bu tefrik, hak düşüren süreler konusundaki isbat yükü problemini tamamen çözmeye yetmemektedir. Çünkü hak düşüren sürelerle ilgili normların hepsinin yukarıda incelenen iki kategoriden

27) *Stoos*, s. 35 - 35.

birine dahil olduğu söylenemez. Şimdi göreceğimiz üzere, bu kategorilere girmeyen ve ayrı özellikleri olan bazı normlar da vardır; bu normlar, hepsini birleştiren ortak bir özelliğe sahip olmadıkları için, üçüncü bir kategori teşkil etmezler. Bunları ortak özelliklerine göre kendi içlerinde kategorilere ayırmak ve böylece üçüncü, dördüncü, beşinci... kategori halinde incelemek bu yazımızın imkânı dışında kalır; çünkü bilindiği gibi, çeşitli kanunlarımızdaki hak düşüren sürelerle ilgili hükümlerin sayısı yüzleri bulmaktadır.

Şu hale göre, yukarıda belirtilen iki kategorinin dışında bulunan hak düşüren sürelerle ilgili normlar söz konusu olduğunda, isbat yükünün kime düştüğü ve süreye uyulmuş olduğunun isbatının hâkim tarafından re'sen istenebilip istenemeyeceği her norm bakımından bunun fonksiyonu araştırılarak tâyin edilecektir.

Bu mütecanis olmayan normlara bazı örnekler verelim :

İsviçre - Türk hukukunda, irade fesadına uğrayan kimse, Alman hukukunun aksine olarak, hukukî muamele ile mülzem olmaz (OR 23/BK 23). Ancak, belli bir süre içinde iptal hakkını kullanmazsa hukukî muameleye, kanunî fiksiyon icabı, z i m n e n i c a z e t v e r m i ş sayılır (OR 31/BK 31). Demek ki, İsviçre - Türk hukukunda bu sürenin geçirilmiş olması, tıpkı sarıh icazet gibi, hukukî muamelenin iradesi fesada uğramış kimseyi ilzam ettiği iddiasında bulunup bundan kendi lehine sonuç çıkaran taraf lehinde bir fonksiyona sahiptir. Bu yüzden de süre konusunda isbat yükü süreye uyduğunu iddia eden kimseye değil, süreye uyulmadığını ve böylece hukukî muameleye zımnen icazet verilmiş bulunduğunu iddia eden tarafa düşer²⁸.

28) Müellifler burada da sürenin hak düşüren süre mahiyetine işaretleyinmekte ve kanunun bir fiksiyon koyduğunu belirtmekle beraber isbat yükü konusunda birşey söylememektedirler (ezcümle *von Tuhr*, c. I § 39 III, Edege tercümesi s. 324; *Saymen/Elbir*, Borçlar Hukuku, c. I/1, s. 280). Temyiz Mahkemesi 4. HD içtihatları sürenin hak düşüren mahiyetini yâni zamanaşımı süresi olmadığını birçok vesilelerle belirtmiştir (bu arada 9.10.1958, 25.5.1958, 10.4.1958, 23.1.1958, 7.3.1949 tarihli kararlar; bunların hepsi *Olgaç*, Türk BK, m. 31 altında özetlenmişlerdir). Maamafih diğer dairelerin bazı kararlarında zamanaşımı sözünün kullanıldığı görülmektedir (ezcümle 1. HD 13.7.1957 ve 5. HD 6.10.1950; *Olgaç*, Türk BK, m. 31 altında N. 299 ve 301). Temyiz Mahkemesinin içtihatlarında isbat yüküne dair bir görüşe rastlamadık; *Olgaç*, Türk BK, m. 31 altında 294 N. ile nakledilen 9.10.1958 tarihli karar ilk bakışta aydınlatıcı görünmekle beraber hâdise ve dâvanın yürüyüşü bilinmedikçe bu karar metninden sonuca varmak zordur.

İkinci bir örnek olarak ZGB 508/MK 488 deki sürenin (İsviçrede 14 gün, Türkiyede bir ay) fonksiyonunu ele alabiliriz. Bu hükme göre «Vasiyetçi için vasiyetname tanzim etmek veya ettirmek imkânının husulünden itibaren bir ay geçmiş olursa şifahî vasiyetin hükmü kalmaz». Acaba buradaki sürenin fonksiyonu nedir? «... H ü k m ü k a l m a z » ibaresi, sürenin geçirilmiş olmasının bir hak düşüren vakıa sayılmasına yetebilir mi?

Bu konuda savunulduğuna rastladığımız tek görüş, süreye uyulmuş olmasını sözlü vasiyetnameden hak çıkararak kimse lehine hukukî sonuç doğuran bir vakıa, onun hakkının bir doğum unsuru saymaktadır²⁹. Böyle olunca, süreye uyma vakıası için isbat yükü da sözlü vasiyetnameden hak çıkararak kimsede bulunacaktır³⁰.

Bizce bu görüş yerinde değildir. Çünkü kanun metninin «... bir ay geçmiş olursa şifahî vasiyetin hükmü kalmaz» diyen ifadesi, kanun koyucunun süreye uyulmuş olmasını bir hak doğuran vakıa saymadığını gösteriyor³¹. Buna rağmen burada bir hak düşüren vakıa da söz konusu değildir ve ortada, hakkın doğumunu engelleyen bir vakıa vardır³². Çünkü vasi-

29) *Raschein*, s. 47.

30) *Escher*, Art. 508 N. 3 de yeterli gerekçe verilmeksizin aynı çözüme varılmaktadır. Eserin *Ansay* tarafından yapılan tercümesinde bu kısım (s. 352) anlaşılabilir haldedir. «Vasiyetçinin müddetin geçmesinden sonraki zamanda hayatta olduğunu sözlü vasiyetten hak çıkarmak isteyen kimse ispat ile mükelleftir» sözü, eserin aslına uymadıktan başka, bunun anlamı da yoktur; çünkü sözlü vasiyetten hak çıkararak kimse, belli süre geçtikten sonra vasiyetçinin halâ yaşamakta olduğu iddiasında asla bulunmaz; böyle bir iddiada bulunursa kendi aleyhinde sonuç doğuran bir vakıayı ikrar etmiş olur ve o vakıa için isbata lüzum kalmaz.

31) Mevaz kanununun metni de böyle açıktır «Le testament oral cesse d'être valable».

32) Hukukî vakıalar ve bunlara sonuç bağlayan normlar, fonksiyonları bakımından, 1. Hak doğuran vakıalar ve normlar; 2. Hakkın doğumunu engelleyen vakıalar ve normlar; 3. Hak düşüren vakıalar ve normlar; 4. Hakkın kullanılmasını engelleyen veya hak durduran vakıalar ve normlar tarzında dörde ayrılır. Bu tasnif birçok bakımdan ve özellikle isbat yükü bakımından büyük önem taşır.

Hakkın doğumunu engelleyen vakıalar kategorisinin varlığı bazı müellifler tarafından kabul edilmemektedir. Çünkü böyle vakıaların yokluğu, hak doğuran bir vakıa gibi görünür ve bu sebeple bunları ayırd etmek müşküldür. Meselâ hakkın doğumunu engelleyen bir vakıa olan «ehliyetsizlik» durumunun yokluğu, yâni ehliyet, hak doğuran bir vakıa gibi görünmektedir. İsbat yükünün hangi tarafta bulunduğu konusunda en çok ihtilâfa sebep olmuş vakıalar bunlardır. Biz, yazımızın konusu dışında kalan bu mes'ele üzerinde

yetçinin ölümünden önce vasiyetname miras bakımından hiçbir sonuç doğurmadığına göre, (sürenin geçirilmesinden sonra dahi olsa) vasiyetçinin ölüm ânında sözlü vasiyetten hak çıkaran kimse lehine miras bakımından herhangi bir hukukî sonuç doğmuş değil idi ki, bu vakıanın yâni süre geçirildikten sonra vasiyetçinin ölmüş olmasının onun hakkını düşüren bir vakıa olduğu söylenebilsin. Zannımızca işte bu durum sebebiyle, yukarıda nakledilen görüşü savunan müellifler, kanun metnine rağmen, süreye uyulmuş olmasının bir hak doğuran vakıa olduğunu zannetmişlerdir. Oysa ki hukukî vakıaların fonksiyonları bakımından tasnifinde, hak doğuran ve hakkı düşüren vakıaların yanında bir de «hakkın doğumunu engelleyen vakıalar» kategorisi vardır. İncelediğimiz örnekte de sürenin geçirilmiş olması, sözlü vasiyetten hak çıkarmak isteyen kimsenin hakkını engelleyen bir vakıadır ve bu husus ZGB 508/MK 488 in ifade tarzından anlaşılmaktadır. Bu sebeple bu vakıa, sözlü vasiyetten hak çıkarmak isteyen kimsenin hasmı lehinde bir fonksiyona sahiptir ve ZGB 8/MK 6 gereğince³³ söz konusu vakıa için isbat yükünü hasım taşıyacaktır.

Bu sonuç diğer bir bakımdan da önem taşıyor. Çünkü hakkın doğumunu engelleyen vakıanın öne sürülmesi daima teknik anlamda bir itiraz — usulî ve geniş anlamda bir defi — mahiyetinde bulunduğuna göre hâkim, sürenin geçirildiğini usulü dairesinde öğrenirse bunu nazara alabilecek fakat bu konuda re'sen soruşturma, araştırma yetkisine sahip bulunmayacaktır (HUMK 75 f. I). Halbuki süreye uyulmuş olması hakkın doğum unsurlarından biri yâni bir hak doğuran vakıa olsa idi durum farklı olacaktı, çünkü bu

daha fazla durmaksızın, isbat yükü konusundaki monografisiyle tanınmış *Leonhard*'ın inkârcı görüşünü yâni hakkın doğumunu engelleyen vakıa kategorisini tanımayan görüşünü üstad *Rosenberg*'in s. 132 ve sonrakilerde yeterli delillerle cerhettiğini belirtelim.

Maamafih bir vakıanın hakkın doğumunu engelleyen bir vakıa mı, yoksa onun yokluğunun hak doğuran vakıa mı olduğunu söyleyebilmek için kesin bir kriter yoktur ve olamaz. Çünkü kanunkoyucu çeşitli mülâhazalarla, ezcümle hukuk politikası, adalet mülâhazaları ile bir vakıayı hakkın doğumunu engelleyen bir vakıa olarak veya onun yokluğunu hak doğuran bir vakıa olarak kabul eder (*Meyerhofer*, s. 328; *Gaupp/SteinJones* § 282 IV b alfa). Şu hale göre söz konusu mes'ele, her hâdisede, kanun koyucunun iradesinin araştırılması, yâni tefsir yolu ile halledilecektir (*Nikisch*, s. 320). Fakat bu, söz konusu mes'elenin çözümünde ve sonuç olarak da isbat yükünün paylaşılmasında hâkime bir takdir hakkı verilmesi demek değildir.

33) Bkz. geride dn. 8.

vakıa sözlü vasiyetten hak çıkararak kimsenin dâva veya defî temeline dahil olacağı için hâkim onun bu vakıayı da isbat etmesini isteyecekti (HUMK 75 f. III ve ZGB 8/MK 6).

Vardığımız çözüm, miras hukukunda kanun koyucunun göz önünde tuttuğu genel amaca, yâni vasiyetçinin iradesini üstün tutmak ve bu iradeyi mümkün mertebeye «kurtarmaya çalışmak» esasına da uygundur. Gerçekten, bizim için kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde, süreye uyulup uyulmadığı meşkûk kalmışsa vasiyetçinin iradesi yerine gelecek ve ancak süreye uyulmadığı sabit olduğu takdirde bu irade feda edilecektir.

IV. İSBAT YÜKÜNÜN TARAF DEĞİŞTİRMESİ İMKÂNININ SAKLI OLDUĞU

İşaret edelim ki hak düşüren sürelerle ilgili bütün ihtilâflarda isbat yükünün — daha doğrusu delil ikamesi yükünün³⁴ — genel prensiplere göre taraf değiştirilmesi imkânı daima saklıdır³⁵. Böylece, maruf ve meşhur vakıalara, ikrara, emarelere, ikame edilmiş delillere bakılarak, gerçekte isbat yükünü taşıyan tarafın iddiasının aksine delil ikamesi yükü hasma geçmiş olabilir.

Bunun enteresan bir örneğini SchKG 17/İİK 16 daki şikâyet süresi konusunda görüyoruz. Gerçekten, kanun koyucunun ifade tarzından³⁶ açıkça anlaşıldığı üzere, şikâyetin hukukî sonuç doğurabilmesi onun belli süre içinde yapılmasına bağlıdır. Demek ki süreye uyulmuş olması, şikâyetçi lehine sonuç doğuran bir vakıa sayılmış; yoksa süreye uyulmamış olması şikâyetçinin hasmına bir itiraz hakkı veren hak düşürücü bir vakıa sayılmamıştır. İşte bu yüzden, süreye uyulmuş olduğunu isbat yükü şikâyetçidedir³⁷. Fakat bir hayat tecrübesi kaidesine göre, bir kimsenin kendisine tebliğ edilmemiş bir muameleyi öğrenmemesi asıl olduğundan, bu kimse kendine düşen isbat ameliyesini başarmış sayılabilir ve böylece,

34) Bkz. geride dn. 7 da zikredilen yazımız.

35) D a i m a diyoruz, çünkü Türk hukukunda karşı - isbatı men eden bir kesin karine yoktur. (İİK tâdil tasarısı m. 280 de kabul edilen karineler kesin karineye yakın ise de muayyen şekillerde karşı -isbat'a cevaz vermekte ve esasen konumuza, yâni hak düşüren sürelerle taallük etmemektedir).

36) Özellikle İsviçre metninin «La plainte doit être déposée dans le dix jours...» diyen ifadesinden.

37) *Martin*, s. 15 ve *Favre*, s. 63 bu çözüme varmışlardır.

hayat tecrübesi kaidesinin aksine olarak, onun kendisine tebliğ edilmemiş muameleyi öğrendiğini ve şikâyet süresinin başladığını şikâyetçinin hasmı iddia ediyorsa, delil ikamesi yükü şikâyetçinin hasmında bulunur³⁸. Bu, karşı - isbat'tır; bu yüzden *Jaeger* ve *Postacioğlu*'nun görüşü ile *Martin* ve *Favre*'in görüşü arasında bağdaşmaz bir aykırılık yoktur ve her iki görüşte de gerçek payı vardır.

Şuf'adaki kullanma süresine ilişkin isbat yükü mes'elesinde de durum buna benzer. Bu mes'eleyi daha önce incelemiş ve isbat yükünün şuf'a hakkı sahibine ait olduğunu belirtmiştik. Fakat sürenin, «şefiin satıma ittilai gününden itibaren» başlaması, bir önce verdiğimiz örnekte rastlanan durumu yaratır. Gerçekten, şefiin satışı şu veya bu tarihte öğrenmiş olmasını kuvvetle muhtemel görmek için bir sebep olmadıkça³⁹, onun kendi iddia ettiği tarihten önce satışı öğrenemediği asıldır yâni hayat tecrübelerine uygundur; olayda hal böyle idiyse şefi kendine düşen isbatı başarmış sayılabilir ve bu takdirde delil ikamesi yükü hasımdadır; hasım, şefiin satışı daha önce öğrendiğini ve süreyi geçirdiğini isbat etmelidir. Maamafih bu sonuç zarurî değildir. Çünkü olayda şefiin satışa daha önce ittila kesbettiğini kabul etmemize yetecek emareler bulunabileceği gibi, buna yeterli olmamakla beraber şefiin kendine tebliğ edilmemiş dahi olsa satışı öğrenmesini pekalâ muhtemel gösteren emareler de bulunabilir⁴⁰; bu son ihtimalde, hasmın lehinde olan bu emareler, şefiin lehinde olan «tebliğ edilmemiş olmak» emaresini kıymetten düşürür ve meşkûkiyet durumu bâki kaldığından mes'ele meşkûkiyetin riskini yâni isbat yükünü taşıyan taraf aleyhine sonuçlandırılır. Daha önce belirtmiş olduğumuz üzere, bu taraf şefiden başkası değildir.

38) *Jaeger*, Art. 17 N. 11; *Postacioğlu*, s. 61 dn. 8 ve Federal Mahkemenin BGE 72 III 42 de yayınlanmış 16 Mayıs 1946 tarihli kararı bu çözümü benimsemişlerdir.

39) Bu tip sebepler olaydan olaya değişir. Meselâ satıcı veya alıcı ile aynı ev halkından olan şefiin satışa daha satışın vaki olduğu günde ittila kesbettiği kaideten kabul edilmelidir.

40) Meselâ şefiin satıcı ve alıcı ile aynı köy halkından bulunması, dn. 39 daki kadar kuvvetli bir emare olmamakla ve şefiin satışa daha önce ittilaını muhakka göstermemekle beraber, satışın tebliğ edilmemesine rağmen buna kısa bir süre içinde ittilai pekalâ mümkün gösterebilir.

BİBLİYOGRAFYA

Akipek — Menkul Dâvası, Ankara 1959.

Baudry - Lacantinerie/Barde — Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, 3. éd., Paris 1908.

Baumbach/Lauterbach — Zivilprozessordnung (Kommentar), 22. Auflage, München - Berlin 1954.

Belgesay — HUMK Şerhi, 3. basım, c. 3, İsbat Teorisi, Hukuk ve Ceza Usulünde Deliller, İstanbul 1950.

Belgesay — MK Şerhi.

Betzinger — Die Beweislast im Civilprozess, 2. Auflage, Berlin 1904.

Bonnier — Traité Théorique et Pratique des Preuves en Droit Civil et en Droit Criminel, 4. éd., c. I, Paris 1873.

Colin/Capitant/De La Morandiere — Traité de Droit Civil, cilt I, Paris 1953.

Decottignies — Les Présomptions en Droit Privé, Paris 1950.

Denecke/Johannsen/Kregel/Krueger - Nieland — BGB (Kommentar), Berlin 1959, cilt I.

Egger — İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, I. cilt, Giriş ve Kişinin Hukuku, Ankara 1947 (Çeviren: Çernis).

Egger — İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, Aile Hukuku, İkinci Kısım: Hissimlik, Ankara 1949 (Çeviren: Çağa).

Ehrlich — Wiederherstellung der Frist zur Anhebung der Vaterschaftsklage (SJZ 1933, cilt 30, N. 11).

Escher — Kommentar zum schweiz. ZGB, III. Band, Das Erbrecht, Zürich 1943 (*Ansay* tarafından kısmî tercümesi: MK Şerhi, Miras Hukuku, Ankara 1953).

Favre — Cours de Droit des Poursuites, Fribourg 1953.

Feyzioğlu (F. N.) — Şuf'a Hakkı, İstanbul 1959.

Gaupp/Stein/Jonas — Kommentar zur ZPO, 15. Auflage, Bd. I, Tübingen 1934.

Homberger — Kommentar zum schweiz. ZGB, 3. Abteilung, Besitz und Grundbuch, 2. Auflage, Zürich 1938.

Jaeger, C. — Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite pour dettes et la faillite (*Petitmermet/Bovay* tercümesi), Lausanne - Genève.

Kummer — Kommentar zum schweiz. ZGB, Einleitung, Bern 1962 (Art. 8 şerhi).

Martin — Loi Fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 1908.

Marty/Raynaud — Droit Civil, cilt I, Paris 1956.

Meyerhofer — Zur Lehre von der Beweislast (ZSR 44, NF 22).

Nikisch — Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Tübingen 1952.

Oertmann — Grundriss des deutschen Zivilprozessrechts, 5. Auflage, Leipzig 1930.

Olgac/Karahasan — Gayrimenkullerin Akit Esasına Dayanan İktisap ve Tescilleri, İstanbul 1956.

- Özsunay* — MK 296 daki bir yıllık dâva süresinin geçirilmesine rağmen babalık dâvasının istisnaen açılabilirliği durumları, İHF'M 1963, cilt 29, N. 1 - 2.
- Palandt* — BGB (Kommentar), 21. Auflage, München - Berlin 1962.
- Postacioğlu* — Medenî Usul Hukuku Dersleri, 2. basım, İstanbul 1962.
- Postacioğlu* — İcra Hukuku Esasları, 2. basım, İstanbul 1962.
- Raschein* — Die Ungültigkeit der Verfügungen von Todes wegen (Bern tezi), Wintherthur 1954.
- Rosenberg* — Die Beweislast, 4. Auflage, München 1956.
- Sauser - Hall* — Introduction à l'étude du nouveau Droit civil en Turquie, Constantinople 1926.
- Saymen* — Türk Medenî Hukuku, c. I, Umumî Prensipler, 2. basım, İstanbul 1956.
- Saymen/Elbir* — Türk Medenî Hukuku, c. 3, Aile Hukuku, 2. basım, İstanbul 1960.
- Saymen/Elbir* — Türk Eşya Hukuku, İstanbul 1954.
- Saymen/Elbir* — Türk Borçlar Hukuku, c. I/1, İstanbul 1958.
- Schönke/Schröder/Niese* — Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 8. Auflage, Karlsruhe 1956.
- Sebüik* — Şuf'a, Vefa ve İştira Hakları, İstanbul 1951.
- Silbernagel/Waeber* — Kommentar zum schweiz. ZGB, Familienrecht, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, Bern 1927.
- Soergel/Siebert* — BGB (Kommentar), cilt I, Stuttgart 1959.
- Stoos* — La répudiation des successions d'après le CCS, thèse, Bern 1917.
- Tuhr, Von* — Borçlar Hukuku, c. I, İstanbul 1952 (Çeviren: *Edege*).
- Umar* — Türk İcra - İflâs Hukukunda İptal Dâvası, İstanbul 1963.
- Velidedeoğlu* — Türk Medenî Hukuku, c. 3, Aile Hukuku, 3. basım, İstanbul 1956.
- Wieland* — Les Droits Réels dans le CCS, c. II, Paris 1914 (Çeviren: *Henry Bovay*).
- Wyss* — La péremption dans le CCS, thèse, Lausanne 1957.

Asistan Dr Bilge UMAR