

MUHTEVASI VE HUKUKÎ MAHİYETİ BAKIMINDAN İKRAR KAVRAMI

Dr. Bilge UMAR

I. İNCELEMENİN AMACI

Hukuk kaidelerinin müşahhas hâdiselere isabetli surette tatbik edilerek doğru çözümlerin elde edilmesi, ancak o kaidelerle ilgili hukuk kavramlarının muhtevası doğru olarak bilindiği takdirde mümkün olabilir; aksi takdirde, varılmış olan doğru çözüm sırf tesadüf eseridir ki böyle bir tesadüf pek seyrek ortaya çıkar. Şu hale göre gerek tatbikatçı gerek nazariyatçı için hukuk kavramları üzerinde doğru bilgiye sahip olmanın büyük önemi açıktır. İşte biz, bu pratik ve nazari faydası sebebiyle, ikrar kavramının muhtevasını ve ikrarın hukukî mahiyetini incelemek istiyoruz. Yazımızın amacı bundan ibarettir; burada ikrar müessesesi ile ilgili diğer mes'eleler, özellikle bunların en önemlisi olan, ikrarın bölünebilip bölünemeyeceği mes'elesi incelenmeyecektir. Bununla beraber, ikrar kavramının muhtevası ve ikrarın hukukî mahiyeti konusunda vardığımız çözümlerin pratik sonuçlarına, sırası geldikçe, işaret edileceği tabiidir.

II. ÖN BİLGİLER VE BU KONUDA DOKTRİNDEKİ TARİHİ GELİŞME

İkrar, genel olarak, «Bir kimsenin müşahhas bir prosedürde, kendi aleyhine sonuç doğuran bir vâkıayı, o prosedürün yürütüldüğü mahkeme önünde kabul etmesi» diye tarif olunur. Nitekim ZPO § 288 f. I den çıkan anlam da budur¹.

1) *Soylu*, HBM 1939 N. 112 deki makalesinde (s. 5995) ikrarın muhtevası hakkında yanlış bir zanna düşmüştür. Müellife göre A,B,C nin bir şirket akdi yaparak hazırladıkları yazılı mukaveleye her birinin peşin ödenmek kaydıyla 5.000 er lira sermaye koyacaklarını kararlaştırdıkları bir hâdisede, ortaklardan ikisi sermaye yatırma borcunu yerine getirip bir yıl sonra hâsıl olan kârı kendi aralarında bölüşünce, sermaye yatırma borcunu yerine getirmeyen ortağın kârdan kendisine de hisse verilmesi için açtığı dâvada bu dâvacı ortak delil olarak şirket mukavelesini ibraz ederse, ikrar (?) bölünemeyeceğinden, dâvası reddedilecektir. Halbuki bu hâdisede bir ikrar yoktur (örneği başka yönlerden tahlil etmeye lüzum görmüyoruz).

Kadîm telâkki ikrarı bir delil, üstelik delillerin en üstünü saymakta idi; öyle ki, ikrara *regina probationum* (delillerin kraliçesi) deniyordu. Bu görüş, Medenî Usul Hukukunun gelişmemiş devresindeki görüştür².

Buna karşılık, özellikle 19. yüzyılın başında hâkim olan başka bir görüş, ikrarı bir çeşit *feragat* sayıyordu; bu görüşün de menşini Roma Hukukuna irca etmek mümkündür³. Bu görüşün izlerine, hattâ savunulmasına bugün de rastlanıyor⁴. Söz konusu görüşün taraftarlarından bazıları, ikrarı bir çeşit *tasarruf muamelesi* (*Dispositionsakt*) sayacak kadar ileri gitmişler ve hattâ, ikrarın muteber olması için bir *animus confitendi* (ikrar niyeti) nin varlığına lüzum görmüşlerdir⁵. Keza *Wach*, bu alanda pek ileri gitmiş ve ikrarı açıkça bir *hukukî muamele* olarak tavsif etmiştir⁶, ancak ona göre bu hukukî muamelenin amacı hasmı isbattan kurtarmak değil, vakıayı tesbit etmektir; şu hale gö-

2) *Juchems*, s. 1. Bu yanlış görüşe şu müelliflerde de rastlanıyor: *Marty/Raynaud*, c. I, N. 247 bis sonu (s. 386) -işaret etmeli ki müelliflerin bu mütalâası No 246 (s. 384) deki görüşleriyle pek bağdaşmıyor, çünkü burada ikrar, isbat yüküne yer değiştiren bir *karine* sayılmaktadır-; *Baudry-Lacantinerie/Barde*, c. 4, § 2702 (s. 377) ve § 2708 (s. 383); *A. H. Berki*, Ad. Der. 1936 N. 21, s. 1465; *Öz Kent*, HBM 1938 N. 110, s. 5926. Bugünkü İtalyan hukuku, görünüşe bakılırsa, bu telâkkinin etkisi altındadır, çünkü 1942 tarihli İtalyan Medenî Usul Kanunu m. 2735, mahkeme dışı ikrarla adli ikrarın aynı *isbat gücüne* sahip olduklarını kabul etmektedir.

3) *Juchems*, aynı yer.

4) Meselâ *Aubry/Rau*, c. 12, 5. basımda s. 116 ya *Bartin*'in eklediği dn. 18 bis'e bkz. *Bartin* bu görüşü tenkid etmektedir. Keza karşı. *Postacioğlu*, s. 402. Türk literatüründe *Effimianides*, HBM 1939, N. 112, feragat görüşünü s. 5987 de kabul, s. 5988 de red etmiştir.

5) «Versuche zur Theorie des Zivilprozesses» adlı 1807 de yayınlanmış eserle *Bethmann/Hollweg* (*Juchems*, s. 2 den naklen) ve Türk doktrininde *Tuğsavul*, Ad. Der. 1951, N. 7, s. 1068 başı. Keza eski müelliflerden *Planck*, *Wetzell* ve *Hölder* de aynı fikri savunmuşlardır (*Bülow*, s. 1 - 2 ve s. 5 den naklen).

6) Aynı görüşün açık ifadesini *Belgesay*, HUMK Şerhi, 1939, m. 236 N. 1, s. 30 ve 31 de de görüyoruz. Müellifin gerçek görüşünü anlamak zordur, çünkü aynı eser m. 236 N. 10, s. 36 başında ikrar bu defa *kanunî delil* olarak ve nihayet m. 236 N. 11, s. 37 de *takdirî delil* olarak vasıflandırılmaktadır. Şerhin 3. basımında (1950) da aynı karışıklık görünüyor; bu eserde önce (s. 115) ikrarın bir *hukukî muamele* olduğu, sonra (s. 119) bir *usul muamelesi* olduğu (halbuki usulî muameleler hukukî muamelelerden değildir, *von Tuhr* § 20 X 1, Edege terc., s. 155), nihayet s. 120 de tekrar, ikrarın bir hukukî muamele olduğu söylenmektedir.

re ikrar, tesbit iradesi'ne (der Feststellungswille) dayanan bir irade beyanıdır⁷.

Fikrimizce doğru olan ve bugün Almanya ve İsviçrede hâkim bulunan görüş, bundan 65 yıl kadar önce, *Bülow* tarafından ortaya atılmıştır. Bu müellife göre⁸ ikrar, tesbit lüzumunu ortadan kaldıran bir usulî muamele'dir. Bu fonksiyon ancak prosedürün yürüdüğü mahkeme önünde yapılan ikrar için söz konusu olabilir; mahkeme dışı ikrar ancak alelâde bir emaredir ve bu emarenin değeri ahvale göre değişir. Adlî ikrarın muteber olması için bütün usulî muamelelerde aranan beyan iradesi (der Erklärungswille) yeter, başka türlü bir iradenin varlığı gerekmez.

III. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE SONUÇ

1. İkrarın bir delil olduğu görüşü reddedilmek gerekir⁹. Çünkü :

a) İkrar bir delil olsa idi, tarafların tasarruf serbestliğine sahip olmadıkları konular ile ilgili ihtilâflarda da ikrarın değer taşımaya engel düşünülemezdi, halbuki bu ihtilâflarda ikrar hâkimi bağlamaz¹⁰.

b) İkrarın isbat lüzumunu ortadan kaldırması sonucu, ihtilâflı olmayan vakıalar için isbata lüzum bulunmadığı hakkındaki kanun hükmünden (HUMK 238 f. I; özel hükümlerdeki, meselâ MK 150'deki istisnalar saklıdır) doğar. Demek ki bu sonuç, «kimse kendi aley-

7) *Juchems*, s. 11 - 12 ve *Bülow*, s. 50 ve sonrakiler'den naklen.

8) *Bülow*, s. 44 - 45.

9) Aynı: *Baumbach/Lauterbach*, Einführung zu § 288 - 290, N. 2; *Leuch*, Art. 212 N: 2; *Juchems*, s. 17; *Baumgartel*, s. 79 ve 83. *Berker*, HBM 1938 s. 5378 ise ikrarın delil olduğu görüşünü «eski hukuk âlimlerinin tasavvur edip kanun koyuculara kabul ettirdikleri bir görüş» saymaktadır. Kayda değer ki, *A. H. Berki*, Ad. Der. 1936 N. 21, s. 1470 de, ikrarın bir delil olduğu hakkındaki yanlış görüşünün etkisiyle şöyle diyebilmiştir: «... Bir de ikrar muteber olmak için zâhiri hâl ile mükezzep, aklen veya âdeten gayri muhtemel olmamalıdır. Meselâ bir şahıs fakrile mâruf bir adama küllî bir borç ikrar etse... hükmü yoktur». Bu görüş tamamen mesnedsiz ve kanaatimizce yanlıştır.

10) Meselâ bkz. MK 150 bent 3. *Tuğsavul*, Ad. Der. 1951 N. 7, s. 1069 da «İkrar, tarafların kabul ve ittifakiyle halli mümkün mesailde kat'i ve kanunî bir delil mahiyetini haizdir. Aksi halde delil olarak telâkki edilemez» demekle bu müşkülü atlayabildiğini sanmış, fakat söylediği «aksi halde» ikrarın ne olduğu hususunda bir görüş dahi öne sürememiştir.

hine olacak bir vakıayı, eğer böyle bir vakıa gerçekten yoksa, ikrar etmez, bu bir hayat tecrübesi kaidesidir; şu hale göre ikrar edilen vakıa gerçekten cereyan etmiştir» tarzındaki bir muhakemeden doğmakta¹¹ veya böyle bir muhakemeye muhtaç değildir; halbuki kadîm telâkkinin ikrarı bir delil olarak vasıflandırması bu muhakemeye dayanıyordu¹².

c) HUMK m. 236 f. I de «İkrar... delil teşkil eder» denmesinin önemi yoktur. Nitekim bu hükmün me haz Neuchâtel Kanunu m. 210 f. II deki aslı, «Il (l'aveu) fait foi contre la partie de qui il émane» der ki bu ifadeyi «ikrar, sâdır olduğu taraf aleyhine hüküm ifade eder» tarzında tercüme etmek daha yerinde olurdu.

d) İkrarın bir delil olduğu görüşüne karşı, hiç değilse Fransız hukuku bakımından değer taşıyacak bir gerekçe de şudur: kesin karineler, aksinin isbatı suretiyle hükümden düşürülemezler, yâni bunların aksine delil ikamesi işe yaramaz. Halbuki Fransız hukukunda, CCfr art. 1352 f. II gereğince, kesin karineden faydalanan tarafın, bu karine ile kabul edilen vakıanın yokluğu hakkındaki ikrarı, kesin karineyi hükümden düşürür¹³. İkrarın bir delil olmadığı buradan da anlaşılır.

2. İkrar, sonuçları mukirin böyle bir sonucu istemiş olmak iradesi sayesinde doğabilen bir hukukî muamele, ezcümle tek taraflı bir feragat veya bir tasarruf muamelesi de değildir¹⁴. Zira:

a) Herşeyden önce, ikrarın sonucunu kanun (HUMK 236 f. I ve 238 f. II) tâyin etmektedir; ikrar vâki oldukça bunun taallûk ettiği vakıa için tesbit lüzumunun ortadan kalkması sonucu, mukir tarafından istenmiş olsun olmasın, doğacaktır¹⁵.

b) *Decottignies* tarafından da¹⁶ işaret edildiği üzere, ikrar bir hukukî muamele olsa idi bundan rücu' da genel olarak hukukî mua-

11) Bu yanlış düşünceye *Perrot*, N. 984, s. 486 - 487 de rastlanıyor.

12) *Juchems*, s. 1.

13) *Siegrist*, s. 290 böyle bir imkânın varlığını kabul etmemektedir.

14) Aynı: *Decottignies*, s. 126; *Bülow*, s. 5 ve sonrakiler; *Bartin* (geride dn. 4 e bkz.); *Baumbach/Lauterbach*, § 288 No. 1 C. Son anılan eserde belirtildiği üzere, animus confitendi tarzında bir niyetin varlığına ve hattâ ikrarın kendi aleyhine sonuç doğuracağıının mukir tarafından bilinmesine dahi lüzum yoktur.

15) *Baumbach/Lauterbach*'ın yukarıda dn. 14 deki ifadeleri de bunu anlatmaktadır.

16) *Decottignies*, s. 126.

melelerden rücuu düzenleyen kaidelere tâbi olmalıydı, yâni rücu imkânı sadece maddî hata (vâkıa hatası) faraziyesine hasredilmemeliydi (HUMK 236 f. II). İkrarın hukukî sonuçları hakkında hataya düşen kimsenin de ikrardan rücu' edebileceği görüşüne Türk doktrininde rastlanmakla¹⁷ beraber, bu görüş kanuna açıkça aykırıdır. *Karafakih* ise eserinin bir yerinde¹⁸ doğru olarak benimsediği bu hususu başka bir yerde¹⁹ unutmakta ve «sebepteki hata dolayısıyla (ikrardan) rücu câiz olduğuna göre»²⁰ ikrarın bir tasarruf muamelesi olduğunu söylemektedir. Müellifin verdiği gerekçenin yetersizliği daha önceki açıklamalarımızdan anlaşılır. Kayda değer ki *Karafakih* ikrarın bir tasarruf muamelesi olduğu görüşünün yanında, ikrarın aynı zamanda bir delil olduğu görüşünü de savunabilmektedir; bizce böyle bir telâhuk imkânı asla yoktur²¹.

c) Nihayet, özellikle «ikrarın bir feragat olduğu» görüşü aleyhine şu gerekçeler ileri sürülebilir:

aa) Önce, mukirin ikrarı ile hangi haktan feragat ettiği sorulmalıdır. Feragat görüşünü savunan müellifler, isbat yükünü bir borç olarak görmekte²² ve mukirin, hasmın isbatta bulunmasını istemek hakkından feragat ettiğini söylemektedirler. Gerçekten, sözü edilen görüşün yani feragat görüşünün kabul edilmesi ancak bir isbat borcu ve buna karşılık isbatın yerine getirilmesini istemek hakkı varsa mümkün olur. Oysa ki isbat borcu tar-

17) *Tuğsavul*, Ad. Der. 1951, N. 7, s. 1073.

18) *Karafakih*, s. 177 sonu.

19) *Karafakih*, s. 176.

20) Halbuki, ikrardan ancak vakıa hatası halinde rücu câizdir (HUMK 236 f. II).

21) Çünkü delilin hangi niyetle ikame edildiği hiç önem taşımaz, hattâ kimin tarafından da ikame edildiği önem taşımaz. Halbuki bir tasarruf muamelesi ancak muameleyi yapan kimsenin iradesi daha doğrusu beyanından anlaşılan iradesi sayesinde hüküm doğurur. Ayrıca işaret edelim ki *Karafakih*'in ikrarı delil sayarken dayandığı gerekçe yerinde değildir yani ikrar hakkındaki madde (HUMK 236) «Deliller faslında» değildir; «Deliller ve ikamesi» başlığını taşıyan faslın «Umumî hükümler» kısmındadır ve burada daha ziyade, isbat lüzumunun sınırları çizilmektedir. Keza bkz. metinde III 1 c.

22) Açıkça böyle: *Aubry/Rau*, c. 12, 5. basım, s. 129 dn. 36 (l'obligation de prouver).

zında bir borç asla yoktur²³. Böyle olunca, «isbatın yerine getirilmesini istemek hakkı» diye bir hak da olmaz. Mukir, ikrarda bulunmakla, mevkiinin kendisine isbat yükü bakımından sağladığı bir avantajdan feragat etmekte²⁴ dahi değildir, çünkü isbat yükünün mevki ile hiç alâkası yoktur²⁵. Nihayet mukir, inkârla yetinmek hakkı²⁶ tarzında bir haktan da feragat etmemektedir, çünkü böyle bir hak yoktur²⁷.

bb) Nihayet, Fransız hukuku bakımından değer taşıyan bir tenkit de şudur: bilindiği gibi Fransız hukukunda CCfr art. 1356'nın «ikrar, mukir aleyhine bölünemez» tarzındaki hükmü karşısında, doktrin ve mahkeme içtihadlarında hâkim olan fikre göre, mevsuf ikrar bölünemez, keza murtabit mürekkep ikrar da bölünemez, fakat

23) Bkz. *Umar*, İHFM 1962, c. 28, N. 3 - 4, İsbat Yükü Kavramı ve Bununla İlgili Diğer Bazı Kavramlar, dn. 9 ve orada anılan müellifler. Tarafları isbata zorlayan hiçbir borç yoktur ve sadece kendi menfaatleri onları isbata zorlar.

24) Bu görüşte: *Aubry/Rau*, c. 12, 5. basım, s. 129 dn. 36.

25) *Rosenberg*, s. 173; *Guldener*, s. 28; *Kummer*, Art. 8 N. 214; *Egger*, Art. 8 N. 16 (Çernis terc., s. 128); *Tuason*, s. 27; *Brosset*, FJS N. 1176, s. 2; *Kuru*, Tesbit Dâvaları, s. 98; *Gaupp/Stein/Jonas*, § 282 IV 8.

26) *Planck* böyle bir hakkın varlığını kabul ediyor ve ikrarı bu haktan feragat olarak vasıflandırıyor (*Siegrist*, s. 269 dan naklen). *Kuru*, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s. 268 de de bu görüşün etkisine rastlanıyor.

27) Bütün Medenî Usul Hukuku sistemlerinde yürüyen «Gerçeği söyleme mükellefiyeti» (die Wahrheitspflicht) taraflara inkârla yetinmek hakkı tanımaz. Her ne kadar bu mükellefiyet HUMK da, meselâ ZPO § 138 f. I de olduğunun aksine, açıkça belirtilmemiş ise de kanunun sükûtu önem taşımaz, çünkü gerçeği söyleme mükellefiyetinin varlığı esasen Usul'ün gayesinden anlaşılır (*Hug*, s. 18 ve *Hochuli*, s. 137. Bu eserlerin ikisi de İsviçre tezidir). Bu mükellefiyetin ihlâli tazminat sorumluluğuna yol açar (*Hug*, s. 113; *Trawny*, s. 44 - 45; *Brüggemann*, s. 33). Bu çözüm BK 41 f. II ye (alman BGB § 826) dayanır (açıkça aynı fikir: *Müller*, s. 115 ve sonrakiler. Aksi fikir: *Heveling*, s. 38 - 43. Bizce, *Heveling*'in görüşünün aksine, ne kesin hüküm müessesesi ve ne de iadei muhakeme imkânı bu tazminat dâvasına engel olmaz; gerekçeler için *Umar*, İadei Muhakeme, İHFM 1963, c. 29, N. 1 - 2, dn. 64 a'daki fikrin tenkidi vesilesiyle benzer bir mes'ele için gösterilen gerekçeleri kıyaslayınız). Ancak, kanunların, dâvada gerçeği söyleme mükellefiyetinin müeyyidesini gösteren özel hükümler koymaları halinde (İsviçre Kanton Kanunlarındaki böyle hükümler için bkz. *Hochuli*, s. 138 - 139) BK 41 f. II uygulanamaz, Türk hukukunda ise böyle bir özel hüküm yoktur. Kısacası, ikrarda (hattâ mevsuf veya mürekkep ikrarda) bulunan taraf, Usul Hukukunun kendisine yüklediği bir mükellefiyeti yerine getirmektedir (aynı: *Postacıoğlu*, s. 387, cümle 2).

murtabit olmayan mürekkep ikrar bölünebilir²⁸ - ikrarın bu çeşitlerini, bölünüp bölünmemek meselesinin münakaşasına girmeden, ileride göreceğiz -. Keza Türk doktrinde de çoğunluğun görüşü budur²⁹, Temyiz Mahkemesi içtihadlarının temayülü de genel olarak bu yönde görülüyor³⁰. Bu durum karşısında *Decottignies*³¹ haklı olarak, ikrar gerçekten bir feragati tazammun etse idi onun bazan bölünmesinin bazan bölünmemesinin izahına imkân bulunmadığını söylemektedir³².

3. Sonuç. Şimdiye kadarki incelemelerimizin gösterdiği üzere, ikrarı HUMK 238 f. II (alman ZPO § 288 f. I) gereğince isbat lüzumunu ortadan kaldıran tek taraflı bir usulî muamele sayan *Bülow*'un görüşü doğrudur. Bugün Alman ve İsviçre hukukunda kabul edilen görüş de budur³³.

İkrar bir usulî muamele olduğuna nazaran bunun muteberliğini ve hükümlerini Usul Hukuku normları düzenler. Nitekim ikrar konusunun Türkiyede HUMK da, İsviçrede Kanton Usul Kanunlarında ve Almanyada da ZPO'da düzenlenmiş bulunması bu hukuk çevrelerinde kanun koyucunun ikrarı usulî bir müessese saydığıının delilini teşkil edebilir. Bundan şu sonuç çıkar ki ikrarın bölünüp bölünmeyeceği meselesi de, usulî bir mesele olmak itibariyle, kanunlar ihtilâfı halinde *lex causae*'ye veya diğer bir kanuna değil, *lex fori*'ye bakılarak çözümlenmelidir³⁴.

28) Ezcümle *Aubry/Rau*, c. 12, 5. basım, s. 122 ve sonrakiler; *Planiol/Ripert*, c. 7, s. 1045; *Baudry - Lacantinerie/Barde*, c. 4, N. 2712 (s. 385); *Marty/Raynaud*, c. 1, N. 248 (s. 387); *Perrot*, N. 1077 ve 1086 (s. 492 - 493).

29) *A. H. Berki*, Ad. Der. 1937, N. 1, s. 8 - 11; *Özkent*, HBM 1938, N. 110, s. 5923 ve sonrakiler; *Effimianides*, HBM 1939, N. 112, s. 5989; *Ansay*, N. 123; *Kuru*, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s. 266 ve sonrakiler.

30) Söz konusu mes'ele hakkındaki Temyiz içtihadlarının nakli bu incelemenin konusu dışında olmak itibariyle sadece şu eserlere atıf yapmakla yetineceğiz: *Postacioğlu*, Mahkeme İctihatları Bakımından İkrarın Tecezzisi Mes'elesi (İHFM 1946, c. 12, N. 2 - 3, s. 609 - 626); *Postacioğlu*, İkrarın Ademi Tecezzisi (İHFM 1947, c. 13, N. 4, s. 1633 - 1637); *Postacioğlu*, İkrarın Bölünmezliği ve Yeni Bazı Kararlar (İstBD 1960, c. 35, N. 3 - 4, s. 65 - 71); *Postacioğlu*, Şehadetle İsbat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul, 1952.

31) *Decottignies*, s. 126.

32) Murtabit olmayan mürekkep ikrarın dahi bölünmeyeceği görüşünde olan müellifler, ezcümle *Postacioğlu* için böyle çelişik bir durum yoktur.

33) Dn. 9 un ilk cümlesinde atıf yapılan müelliflere bkz.

34) İsbat yükü ile ilgili kaideler kaideten maddî hukuk kaideleri olduğuna ve isbat yükü mes'elesini bu yüzden *lex causae* düzenleyeceğine

Prosedürün yürüdüğü mahkeme önünde yapılmış olmayan bir ikrarın, yani haricî ikrarın bir usulî muamele olmadığı ve adlî ikrar ile aynı fonksiyona bu sebeple sahip olamayacağı kendiliğinden anlaşılır. Haricî ikrar, taallük ettiği vakıanın doğruluğu hakkında ancak bir emare teşkil eder³⁵; bu emarenin hâkim tarafından nazara alınabilmesi ancak usulü dairesinde arz ve isbat edilmesine bağlıdır.

IV. ÇEŞİTLERİNE NAZARAN İKRARIN MUHTEVASI

1. Basit ikrar.

Tarafın kendi aleyhine sonuç doğuracak bir vakıayı veya vakıalar durumunu, ileri sürülen iddiaya nazaran hukuk bakımından önem taşıyan bir değişiklik ve ilâve yapmaksızın kabul etmesi, basit ikrardır.

Basit ikrar vakıayı veya vakıalar durumunu ihtilâflı olmaktan çıkarır ve bu sebeple bunlar için artık ne tesbit lüzumu ve ne de isbat yükü vardır (HUMK 236 f. I ve 238 f. II).

2. Kısmî ikrar (veya kısmî inkâr).

Taraf, kendi aleyhine sonuç doğuracak vakıayı veya vakıalar durumunu kısmen kabul eder, kısmen düpedüz inkâr ederse ortada bir kısmî ikrar (veya kısmî inkâr) vardır. Meselâ aleyhine 1.000 liralık alacak dâvası açılan kimse, borçlu olduğunu kabul etmekle beraber borç miktarınının 1.000 değil 500 lira olduğunu söylerse hâl böy-

nazaran (bu görüş ve gerekçeleri için bkz. *Umar*, İsbat Yükü Kavramı ve Bununla İlgili Diğer Bazı Kavramlar, İHFM 1962, c. 28, N. 3 - 4) sayın Hocamız *Postacioğlu'nun* (İHFM 1946, c. 12, N. 2 - 3, s. 612 de) «ikrarın bölünüp bölünmeyeceği mes'elesi gerçekte isbat yükü mes'elesinin özel bir şikkından ibarettir» demesine bakılarak ya bizim tenakuza düştüğümüz ya da *Postacioğlu'nun* bu son fikrini benimsemediğimiz zannedilebilir. Hocamız burada isbat yükü sözünü teknik anlamda değil, delil ikamesi yükü anlamında kullanmıştır (iki terim ve anlamları için yukarıda anılan makalemize bkz.); nitekim doktrinde isbat yükü teriminin bu anlamda da kullanılması pek yaygındır.

35) *Baumbach/Lauterbach*, Einführung zu §§ 288 - 290, N. 1. Fakat başka bir dâvada yapılan ikrar zapta geçtiği ve ikrarda bulunana imzalatıldığı için (HUMK 155 f. V), sonraki bir dâvada en az bir tahrirî beyyine başlangıcı (HUMK 292) vasfı ile isbat gücüne sahiptir ve buna istinaden hüküm verilebilir. Hukuk Genel Kurulunun 20.3.1940 tarihli kararı bu bakımdan doğru ve bunu tenkid eden *Karafakih* s. 177 haksızdır.

ledir. Keza bir karz akdi yapıldığı ve bu karz akdi gereğince kendisine bir miktar paranın ödünç verildiği iddiası ile dâva edilen kimse, karz akdinin varlığını kabul etmekle beraber bu akit gereğince kendisine verilecek paranın henüz verilmediği tarzında bir savunmada bulunursa yine bir kısmî ikrar (veya bir kısmî inkâr) söz konusudur.

Kısmî ikrar tesbit lüzumunu ve isbat yükünü sadece hafifletir. Öyle ki, ikrar edilen kısım münazaalı olmaktan çıkar ve bu kısmın isbatına lüzum bulunmaz (karz akdine dayanan dâva örneğinde karz akdinin yapıldığını isbata artık lüzum yoktur), fakat inkâr edilen kısım için isbat yükü mukirin hasmında kalır (karz akdine dayanan dâva örneğinde paranın verildiği dâvacı tarafından isbat edilmelidir). Bu sonuçlar da keza HUMK 238 den doğrudan doğruya anlaşılır.

3. *Mevsuf ikrar ve mürekkep ikrar.*

İkrarın diğer iki çeşidi mevsuf ikrar ve mürekkep ikrardır. Bu iki kavramın kesinlikle tâyini, birkaç bakımdan büyük pratik önem taşır. Önem, önce ikrarın bölünmezliği probleminde ortaya çıkar; çünkü mevsuf ikrarın isbat yükü konusunda mukir aleyhine sonuç doğurmayacağı ittifakla kabul edildiği halde mürekkep ikrar halinde durumun böyle olup olmadığı pek münakaşalıdır. Ayrıca, bazı çeşit savunmaların bir mevsuf ikrar veya bir mürekkep ikrar teşkil edip etmediğinin tâyini, ileride inceleyeceğimiz özel bir mes'ele (takas savunmasının mahiyeti) vesilesiyle görüleceği üzere, bu savunmadan rücu imkânı gibi konularda çözüme varabilmek için bir ön mes'ele teşkil edecektir; tabiatıyla bu ön mes'elenin cevaplandırılması mevsuf ikrar ve mürekkep ikrar kavramlarının tâyinine bağlıdır. Nihayet, belirteceğimiz üzere, Alman ve İsviçre doktrinindeki terim kargaşalığının zihinleri bulandırmasını önlemek için de mevsuf ve mürekkep ikrar kavramlarının muhtevasını tâyin etmek gerekir.

a) Fransız doktrininde mevsuf ikrar ve mürekkep ikrar terimleriyle neyin kastedildiği.

Fransız doktrinine göre, «vâkıanın kabul edilmesi ancak, (bu vakıadan hasmın çıkarmak istediği) hakkın unsurlarının değişmesine (yâni hasmın dâva temelindeki unsurların inkârına) yol açan belli değişiklik ilâveleri ile vâki olmuşsa, ortada bir mevsuf ikrar

bulunur»³⁶. Diğer bir tarifile, «Eğer taraflardan birince dermeyan edilmiş bir vakıanın kabul edilmesi ancak, bu vakıanın hukukî vasfını değiştiren ilâveler yapılması suretiyle vâki olmuşsa, ortada bir mevsuf ikrar vardır»³⁷. Buna karşılık mürekkep ikrar şöyle tarif edilmektedir: «Mukir, hasmının dermeyan ettiği vakıaları olduğu gibi kabul eder fakat aynı zamanda kendi lehine bir defî (usulî ve geniş anlamda defî) dermeyanı mânasına gelen yeni bir vakıa öne sürerse, ikrar mürekkep ikrardır»³⁸.

b) Türk doktrininde mevsuf ve mürekkep ikrar terimleriyle neyin kastedildiği.

Türk doktrini de bu terimleri, Fransız doktrinindeki anlamları ile kullanmaktadır. Maamafih, Türk doktrini de, Fransız doktrini gibi, târif vermek ve bu târifin unsurlarını analiz etmekten çok, açıklama ve örnek verme ile yetinmektedir³⁹.

c) Alman ve İsviçre doktrininde yapılan aynı mahiyetteki tefrik.

Bu hukuk çevrelerinde, Fransız ve Türk doktrininin mevsuf ikrar ve mürekkep ikrar diye adlandırdığı kavramların farkı bilinmekte, fakat terminoloji bakımından Alman ve İsviçre literatüründe rastlanması hiç de mutad olmayan bir kargaşalık görünmektedir. Meselâ *Rosenberg*, mevsuf ikrar terimini Fransız ve Türk doktrinindeki anlamlarıyla hem mevsuf ikrarı, hem de mürekkep ikrarı anlatmak üzere kullanmakta, ancak Fransız ve Türk doktrinindeki anlamı ile «mevsuf ikrar» kavramının «gerekçeli ve bilvasıta bir inkâr» olduğuna işaret ederek, mevsuf ikrar teriminin dar anlamda olarak sadece - terimin Türk Fransız doktrinindeki anlamı ile - mürekkep ikrar için kullanılmasını tavsiye etmektedir⁴⁰. *Betzinger* de *Rosenberg* gibi, mevsuf ikrar terimini, hem mevsuf ikrara ve hem de mürekkep ikrara şâmil tarzda kullanmakta ve ayrıca, *Rosenberg*'in yaptığı tavsiyeye işaret ederek «... Bazıları mevsuf ikrar terimini ZPO anlamında⁴¹ bir defî dermeyanı hallerine hasretmektedirler... Bu tefrik işin özü bakımından tamamıyla haklı ise de tarihî noktâî

36) *Planiol/Ripert*, c. 7, s. 1044.

37) *Aubry/Rau*, c. 12, 5. basım, s. 120 - 121.

38) *Aubry/Rau*, c. 12, 5. basım, s. 121 - 122.

39) Ezcümle *Postacioğlu*, s. 396; *Ansay*, N. 123; *Karafakih*, s. 178; *Saymen*, Umumî Esaslar, s. 387.

40) *Rosenberg*, s. 243.

41) Yani Usul Hukukundaki geniş anlamı ile; yoksa Medenî Hukuktaki teknik anlamı ile değil.

nazardan, müdafaa edilemez ⁴² ve pratik bakımdan da, açıklayıcı değildir» demektedir ⁴³.

Juchems ⁴⁴ ise, terimi Rosenberg'in tavsiye ettiği tarzda yâni Fransız ve Türk doktrininin terimiyle, mürekkep ikrar için kullanıyor ve buna dar anlamda mevsuf ikrar diyor; Fransız ve Türk doktrininde mevsuf ikrar denen kavramı ise «gerekçeli inkâr veya mevsuf red» diye adlandırıyor. Keza *Siegrist* de ⁴⁵ mevsuf ikrar terimini aynı tarzda kullanmaktadır. *Guldener*'in de ⁴⁶ terimi böyle kullandığını görüyoruz.

d) Yapılan karşılaştırmalı araştırmadan faydalanılarak mevsuf ikrar ve mürekkep ikrar kavramlarının tâyin ve tefriki.

Taraflardan birince dermeyan edilmiş olup, kendisinden lehde bir hukukî sonuç çıkarılmak istenen vakıa durumunun, hasım tarafça, tamamiyle değil ancak bazı vakıalar bakımından ittifak hâsıl olacak surette kabul edilerek geri kalan vakıaların değişik surette kabul edilmesi tarzında vâki olan, ve üzerinde ittifak edilememiş vakıaların isbatsız kalması halinde dâva temelinin veya defi temelinin yokluğu sonucuna varılarak dâva veya defin reddi zarurî bulunan ikrar çeşidine mevsuf ikrar denir.

Karz akdinden dolayı verilen paranın iadesi için dâva edilen kimsenin «parayı aldım, fakat ödünç olarak değil; bağışlama olarak» tarzındaki savunması; aldığı borca karşılık bir miktar altını rehin olarak bıraktığı, fakat şimdi alacaklının alacağını alıp altınları iade etmekten kaçındığı iddiası ile bir kimse tarafından açılan dâvaya karşı dâvalının «ortada bir rehin mukabili ödünç verme değil, satış akdi vardır; ben bu altınları satın almıştım» tarzındaki savunması; borcu ödeyen kimsenin müteselsil borçlu olduğunu iddia ettiği diğer birine karşı açtığı rücu dâvasında dâvalının «ben müteselsil borçlu değil, sadece kefildim» tarzındaki savunması; mevsuf ikrara örnek olarak gösterilebilir.

Buna karşılık mürekkep ikrar şöyle tarif edilebilir: Taraflardan birince dermeyan edilmiş olup kendisinden lehde bir hukukî sonuç çıkarılmak istenen vakıa durumunun, hasım tarafça, t a m a m e n

42) Yâni, terimin böyle geniş anlamda kullanılması gelenekleşmiştir ve yerleşmiştir.

43) *Betzinger*, s. 99 dn. 2.

44) *Juchems*, s. 8.

45) *Siegrist*, s. 294 ve sonrakiler.

46) *Guldener*, s. 58.

kabul edilmesiyle beraber, bu vakıa durumundan çıkarılmak istenen hukukî sonucun doğumunu engelleyen yahut düşüren yahut kullanılmasına engel olan bir diğer vakıanın varlığı iddiasının da ilâvesi suretiyle vâki olan bir ikrar, mürekkep ikrardır.

Alacağı doğuran vakıaların ister istemez ikrarı anlamına gelen zamanaşımı defî; zamanaşımı süresinin geçtiğinin ikrarı anlamına gelen «zamanaşımının kesilmiş bulunduğu» savunması; keza, alacak dâvasına karşı tediye savunması; ibra savunması; irade fesadı savunması; müterafık kusurun varlığı savunması; akdin in'ikadı sırasında ehliyetsiz olmak savunması; akdin şarta veya vâdeye bağlı olarak yapıldığı savunması^{46 a)}; akitle tanınan rücu' hakkını kullanmış olmak savunması; dâva veya defî temeli olan hukukî bağlantının sonradan bir hukukî muamele ile değiştirilmiş olduğu savunması, mürekkep ikrara örnek teşkil eder.

Fransız ve Türk doktrinde mürekkep ikrar da, murtabit mürekkep ikrar ve murtabit olmayan mürekkep ikrar olarak ikiye bölünmektedir⁴⁷. Böyle bir tefrikin anlam ve lüzumunu savunan müellifler, tefrike kriter olarak, savunma yolu ile öne sürülen vakıanın, ikrar edilen vakıaya tabiî bir bağlılığı bulunup bulunmamasını ele alıyorlar; böyle bir bağlılık halinde ikrarın murtabit ikrar olduğu, aksi halde murtabit olmayan bir mürekkep ikrar karşısında bulunduğu kabul ediliyor. Böyle bir tefrike bağlanmak istenen sonuç son derecede önemlidir: sözü edilen müelliflere göre murtabit mürekkep ikrar bölünemez, fakat murtabit olmayan mürekkep ikrar (ki buna örnek olarak nedense daima takas savunması gösterilmektedir) bölünebilir.

Bizce bu tefrik tamamen lüzumsuz, indî olduktan başka ve bu sebeple, söz konusu tefrike bağlanmak istenen pek önemli sonuç da keza indî ve hayalîdir. Çünkü, birinci olarak, bu tefrikin dayandığı kriter son derecede müphem, başı sonu belirsiz bir kriterdir. Gerçekten, «irtibat», «tabiî bağlantı» ile neyin kastedildiği bu tefrike taraftar müelliflerin hiçbirinde açıklanamamaktadır. İkinci olarak, murtabit mürekkep ikrarın bölünmezliği lehine verilen gerekçelerin niçin murtabit olmayan mürekkep ikrarın da bölünmezliğine yol açmayacağı ve bilmukabele, murtabit olmayan mürekkep ikrarın bölünmesi lehine gösterilen gerekçelerin niçin murtabit mürekkep ik-

46 a) Maamafih bu savunmanın hukukî mahiyeti pek münakaşalıdır.

47) Geride dn. 28 deki Fransız müelliflerine ve dn. 29 daki Türk müelliflerine bkz.

rarın da bölünmesini gerektirmeyeceği izah edilemez. Nitekim *Postacioğlu*, böyle bir tefrikin bazı müellifler tarafından yapıldığına işaret etmekle beraber, ikrarın bölünüp bölünmeyeceği mes'elesi bakımından buna hiçbir sonuç bağlamamış ve ikrarın bölünmezliğini bütün mürekkep ikrar (ve keza mevsuf ikrar) faraziyeleri için benimsemekle tutarlı davranmıştır⁴⁸. Zannediyoruz ki bu tefrik, CCfr art. 1356 daki ikrarın bölünmezliği kaidesinin sertliğini kısmen olsun bertaraf etmek isteyen Fransız müellifleri tarafından ortaya atılmış bulunmaktadır.

V. ÖZEL BİR MES'ELE: TAKAS SAVUNMASININ HUKUKİ MAHİYETİ

1. Burada bir mes'ele üzerinde durmamız gerekecektir. Bir görüşe nazaran⁴⁹, daha önce dâva dışında dermeyan edilmiş takas'a dâva sırasında istinad edilmesi halinde, takası öne süren borçlu bir mürekkep ikrarda bulunmuş olmaz; takas dermeyan ettiği miktar nisbetinde, asıl alacağı kabul etmiş olur⁵⁰; çünkü ikrar, hasım tarafından dermeyan edilen vakıalara matuftur; burada ise sadece vâkıalar değil, talep tanınmaktadır.

2. Önce bu görüşün pratik sonuçları üzerinde duralım:

a) Söz konusu görüş kabul edilirse, mahkeme asıl dâva konusu alacağın varlığını artık tahkik konusu yapamayacaktır. Görüşün bu sonucu o kadar önemli değildir; çünkü söylenen durumda bir mürekkep ikrarın varlığı dahi kabul edilse, ikrarın bölünmesini kabul eden görüş çerçevesinde⁵¹ ve keza, ikrarın kaide olarak bölünemeyeceği fa-

48) *Postacioğlu*, İHFM 1946, c. 12, N. 3 - 4, s. 614 dn. 4 ve atıf yaptığı *Laurent*.

49) *Üstündağ*, İHFM 1959, c. 25, N. 1 - 4, s. 215 dn. 6.

50) Bu görüş, bildiğimize göre Alman, İsviçre, Fransız ve Türk literatüründe münferit kalmış bir görüştür; geride dn. 28 ve 29 daki müelliflerin çoğu takas savunmasını murtabit olmayan mürekkep ikrarın örneği olarak gösterirler.

51) Almanyada «Mahkemede yapılan bir ikrarın müessiriyetine, buna müstakil bir iddia veya savunma vasıtası teşkil eden bir ilâvenin yapılmış olması sebebiyle hâlel gelmez» diyen ZPO § 289 f. I karşısında, mürekkep ikrar daima bölünür ve ihtilâflı kalan kısım için isbat yükünü kimin taşıdığı, isbat yükü hakkındaki genel kaidelere göre belli olur. İsviçrede ise Federal Mahkemeye Mahsus Usul Kanunu m. 36 f. III, ikrarın bölünüp bölünmeyeceğine mahkeme serbest takdiri dairesinde karar verir demektir. Bazı Kanton Usul Kanunlarında da (meselâ Bern ZPO m. 217) ikrarın bölüneceği kabul edilmiştir.

kat murtabit olmayan mürekkep ikrarın bölünebileceği görüşü çerçevesinde ⁵² yine aynı sonuca varılacaktı. Sadece azınlıkta olan bir görüşün taraftarları ⁵³ takas defini tazammun eden mürekkep ikrarın dahi bölünmezliğini savunmaktadırlar; işte ancak bu müelliflere göre söz konusu sonuç değişik olacaktır, yâni takas ileri sürülmekle asıl alacak isbata muhtaç olmaktan kurtulamayacaktır.

b) İncelenen görüşün diğer bir sonucu, böylece kabul edilen alacağın varlığının artık mahkemece, tarafların muvafakati ile dahi tahkik konusu yapılamaması tarzında tecelli edecektir ki, hasmın muvafakati ile ikrardan rücu caiz bulunduğu kabul edilirse ⁵⁴, takas savunmasını mürekkep ikrar sayan görüş çerçevesinde böyle bir sonuç ortaya çıkamaz.

c) İncelenen görüş kabul edilirse, asıl alacağı kabul etmiş olan kimse sonradan ıslah suretiyle asıl alacağın tahkik konusu yapılmasını sağlayamayacaktır. Çünkü kabul, ıslah ile ortadan kaldırılamaz ⁵⁵. Maamafih bu sonuç da söylenen görüşün önemli bir özelliği değildir, çünkü takas savunması bir mürekkep ikrar sayılsa dahi aynı sonuçla karşılaşılacaktır; gerçekten, HUMK 87 ye göre adli ikrar ıslahla hükümden düşürülemez.

d) Ayrıca, *Üstündağ*, ele aldığı faraziyede, yâni dâva dışında kullanılmış takas'a sonradan dâva içinde dayanılması halinde, takası öne süren borçlunun asıl alacağı « takas dermeyeran ettiği miktar nisbetinde » kabul etmiş olduğunu söylüyor. Müellif, buna rağmen, bu kabul sebebiyle asıl alacağın artık tahkik konusu yapılamayacağını belirtirken böyle bir kayda yer vermemekte, tersine, «Mahkeme bu durumda artık dâva alacağı ile iştigal etmeyecektir. Bütün isbat yükü dâvalının üzerinde bulunmakta olup, dâvalı karşı alacağını ve takası isbat etmek yükü altında bulunmaktadır» demektedir ⁵⁶. Eğer tahkik bakımından daha doğrusu tesbit lüzumu bakımından, asıl alacak için isbat yükünün tamamının kalkmış olacağı tarzında kullanılan ifade kasdî ise, ortada bir çelişme vardır. Eğer kasdî değil idiyse ve müellif gerçekte, asıl ala-

52) Bkz. geride dn. 28 ve 29.

53) Bkz. geride dn. 48

54) Maamafih bizce, HUMK 236 f. II karşısında böyle bir imkân kabul edilmemelidir.

55) *Ansay*, N. 97 (s. 194).

56) *Üstündağ*, a.g.m., s. 215 dn. 6.

cağın takas dışında kalan kısmının tahkik konusu yapılacağı görüşünde olmakla beraber bunu ifade etmemiş ise, incelediğimiz görüşün önemli bir sonucu karşısında daha bulunuyoruz demektir; çünkü takas savunmasını mürekkep ikrar sayarsak, asıl alacağın isbatına lüzum kalmamış olacaktır ⁵⁷.

Bir örnekle durumu açıklayalım. A, 1.000 lira alacak için B'yi dâva etmiş, B ise süresi içinde ve usulüne uygun olarak verdiği cevap lâyihasında «A ya bu miktarda borcum olduğu doğrudur; ancak benim de kendisinden 600 liralık takasa elverişli bir alacağım vardı; bu dâvanın ikamesinden önce takas hakkımı kullandım. Şu hale göre A ya borçlu olduğum miktar 400 liradan ibaret kalmıştır» demiş olsun. *Üstündağ*, bu faraziyede dâvacının talebinin sadece 600 liralık kısmının kabul edildiğini söylemekte, fakat bu çeşit savunmanın sonucunu anlatırken, dâvacının isbat yükünden tamamen kurtulduğunu ifade etmektedir. Bu ifade tarzı kasdî idiyse, kabulün kısmî olması hiçbir anlam taşımaz ve bir tenakuza düşülmüş olur. İfade tarzı kasdî değilse, yâni dâvacı ancak 600 liralık kısım için isbat yükünden kurtulacaksa, ki zannımızca kastedilen bu olmalıdır, bu takdirde incelediğimiz görüşün diğer bir orijinal sonucu ortaya çıkar. Çünkü ikrarın bölünmezliğini kaide olarak kabul eden çoğunluk içindeki büyük çoğunluk ⁵⁸ takas gibi murtabit olmayan mürekkep ikrarların bölüneceği ve *Üstündağ*'ın kullandığı ifade ile, «Bütün isbat yükünün dâvalının üzerinde bulunmakta olup, dâvalı (nın) karşı alacağını ve takası isbat etmek yükü altında» bulunacağını kabul etmektedir. Mürekkep ikrarın daima bölüneceği görüşü çerçevesinde de tabii ki aynı sonuca varılacaktır. Mürekkep ikrarın, murtabit olmayan bir mürekkep ikrar da olsa bölünmeyeceği görüşünü savunan azınlık ise ⁵⁹ bambaşka ve üçüncü bir sonuca, yâni yine *Üstündağ*'ın vardığından farklı bir sonuca varmakta ve dâvacının asıl alacağı isbat yükünden kısmen olsun kurtulmamış olduğunu kabul etmektedirler.

e) *Üstündağ*'ın görüşünün diğer önemli bir sonucu da şu olacaktır : hiç değilse kabul'ü bir medeni hukuk muamelesi saydığımız

57) Mürekkep ikrarın bölüneceği görüşü çerçevesinde varılacak sonuç bu olduğu gibi keza murtabit olmayan mürekkep ikrarın bölünebileceğini savunan hâkim görüş çerçevesinde de bu sonuca varılacaktır.

58) Bkz. geride dn. 28 ve 29.

59) Bkz. geride dn. 48.

takdirde ⁶⁰, Borçlar Hukukunun irade fesadına ilişkin genel hükümlerine dayanarak bu irade beyanının sonuçlarını ortadan kaldırmak mümkün olabilecektir. Ezcümle kabul'ün hukukî bir hata'dan ileri geldiği isbat edilerek asıl alacağın tahkik konusu yapılması sağlanabilecektir. Halbuki takas savunması bir mürekkep ikrar sayılınca mukir ancak bu ikrarının bir vâkıa hatası'ndan ileri geldiğini isbatla ikrarından rücu edebilir (HUMK 236 f. II).

3. Bu görüşün tahlili.

Önemli sonuçları böylece belirtilen bu görüşü kabul edememekte haklı olduğumuzu sanıyoruz. Çünkü :

a) *Üstündağ*, yazısının sistematigi incelendikle daha da açık olarak anlaşıldığı üzere, «dâvadan önce mahkeme dışında yapılmış takasın sonradan dâvada öne sürülmesi» faraziyesini ele almakta ve bu durumda asıl alacağın kabul edilmiş bulunduğu görüşünü savunmaktadır. Halbuki bu faraziyede, bizzat *Üstündağ*'ın açıkça belirttiği üzere ⁶¹, «Böyle bir iddia öne süren dâvalı, maddî hukuk mânasında bir itiraz (Einwendung) olmakla beraber, usul hukukuna müteallik geniş mânada bir defidermeyan etmiş bulunuyor demektir. Dâvalı bu suretle dâvacının hakkını ortadan kaldıra bir vâkıa ileri sürmekte olup, bu durum dâvalının dâva edilen alacak hakkında evvelce yapılmış bir ibra mukavelesine veya yapmış olduğu tediyeye istinad etmesinden farklı değildir». Böylece bizzat *Üstündağ*, bu çeşit savunmanın, önceden mürekkep ikrar kavramı hakkında verdiğimiz tarifin bütün unsurlarını gerçekleştirdiğini belirtmekte, üstelik bu savunmanın ibra veya tediye savunmasından farklı olmadığına da işaret etmektedir. Oysa ki ibra ve tediye savunmaları, mürekkep ikrarın klâsikleşmiş örnekleridir. Bir taraftan bu farksızlığı kabul etmek, bir taraftan da takas savunmasını diğerlerinin aksine olarak mürekkep ikrar değil, kabul saymak bizce câiz olamaz. Diğer savunmaların dahi, bütün doktrin ittifakı ile kabul edildiğinin aksine, mürekkep ikrar değil, kabul mâhiyetinde olduğu ileri sürülemez; çünkü ikrar ve bunun bir

60) *Ansay*, N. 97 (s. 194) bu fikirdedir; maamafih mes'ele pek müna-kaşalıdır, *Baumgärtel*, s. 143 ve sonrakiler'e bkz.

61) *Üstündağ*, a.g.m., s. 214 ve 215.

çeşidi olan mürekkep ikrar ile kabul'ün ayrı hukuk kavramları olarak varlığı⁶² münakaşaya mütehammil değildir.

b) İncelediğimiz görüşe başlıca gerekçe olarak, «ikrarın vâkıalara taallûk ettiği, halbuki takas savunmasında münferit vâkıaların değil, talebin tanındığı» ileri sürülmektedir. Zannımızca burada bir yanlış anlama vardır. İkrardan bahsedebilmek için mukirin, hasmın münferit vâkıa iddiaları hakkında beyanda bulunmuş olması gerekmez. Meselâ tediye iddiasına dayanan bir mürekkep ikbarda borçlu, dâvacının öne sürdüğü münferit vâkıa iddiaları hakkında (ezcümle karz akdine vücut veren irade beyanlarının yapıldığı, ödünç paranın verildiği, verilen paranın dâva edilen miktarda olduğu v.s.) hiçbir beyanda bulunmaksızın alacağın doğduğunun tanımıştır. Alacağın doğumu ise bir vâkıa değil, kanunun belli vâkıalara bağladığı bir hukukî sonuç'tur. Keza zamanaşımı definin öne sürülmesinde de durum tıpkı böyledir.

c) Acaba incelediğimiz görüş, «daha önce yapılmış olan takasın sonradan dâva içinde ileri sürülmesi» faraziyesi için veya genel olarak değil de, sadece «takas hakkının dâva içinde kullanılması» faraziyesine hasredilerek savunulabilir mi? Yâni sadece bu faraziye de takas savunmasının hukukî mahiyeti kabul olarak vasıflandırılabilir mi? Önce bizzat *Üstündağ*'ın görüşleri bu sorunun müsbet cevaplandırılmasına engeldir. Gerçekten, *Üstündağ*'a göre⁶³ «Bu iddia, her iddia gibi, usulî mânâda bir defî» dir; o kadar ki; «açık olmamakla beraber Borçlar Kanunumuza göre takas dâvada dermeyan olunmuşsa, dâva dışında olduğu gibi hemen takas durumunu meydana getirmeyecektir... Dâvadaki takasın her iki alacağı sukut ettirici özel hükmü, mahkemenin dâvalının iddiasını kabul ederek dâvayı takastan dolayı reddetmesi ile vuku bulacaktır». O halde *Üstündağ*'a göre dâva içindeki takas dahi hak düşüren bir vâkıanın dermeyan edilmesidir. Böyle bir savunma ise, hukukî mahiyeti itibariyle, mürekkep ikardan başka şey değildir.

d) Kaldı ki, dâvayı sonuçlandırmayan ve ancak tesbit lüzumu ve isbat yükü bakımından usulî sonuç doğuran bir beyanın kabul olarak tavsifindeki doğruluk ayrıca şüpheyi gerektirir. Mahkemenin karşı alacağın varlığını tahkik konusu yapabil-

62) Burada incelemeğe lüzum görmediğimiz bu konu için bkz. *Siegrist*, s. 292 ve sonrakiler.

63) *Üstündağ*, a.g.m., s. 220 - 221.

mesi ve dâvayı derhal dâvalı aleyhine sonuçlandırmaması, takas savunması ile ancak bir defa (usulî anlamda defa) öne sürülmüş ve bundan fazla bir şey yapılmamış olduğu kabul edilince izah edilebilir.

f) Fakat belki bunların hepsinden önce münakaşa edilmesi gerek husus, T ü r k h u k u k u n d a kabul'ün zımnî olarak yapılmasının mümkün bulunup bulunmadığıdır. Alman hukukunda böyle bir imkân bulunabilir⁶⁴; fakat Türk hukukunda suale müsbet cevap vermek bize yerinde görünmüyor. Çünkü, birinci olarak, HUMK m. 93 e göre kabul, «iki taraf hazır ise mahkeme huzurunda şifâhen ve değilse istida ile» yapılır; ş e k i l mes'elesini özel olarak düzenleyen böyle bir hükmün varlığı, d a v r a n iş'lardan «kabulde bulunmuş olmak» sonucunun çıkarılmasına bizce engeldir. Kaldı ki, HUMK m. 151 f. V, iki tarafın «ikrar ve sulh ve feragatine taallûk eden» zabıtname kısımlarının taraf huzurunda okunarak imza ettirilmesi lüzumunu belirtmektedir. Her ne kadar madde kabul'den bahsetmemekte ise de bunun kasdî olmasına ihtimal verilemez; çünkü sulh ve feragatle ilgili kısım imzalanmak gerekirken kabulle ilgili kısım için buna ihtiyaç görmemek asla mantikî olmadıktan başka, ikrarla ilgili kısmın imzalanması lüzumu bizi evleviyet yolu ile, kabulle ilgili kısmın da imzalanması gerektiği sonucuna götürür. Bu lüzuma uyulmamış olmasının müeyyidesi bizim inceleme konumuz dışında kalmakla beraber, sanıyoruz ki, sözü edilen hüküm dahi, Türk kanun koyucusunun zımnî kabulün cevazını tanıdığından pek ziyade şüpheyi gerektirmektedir.

Münakaşamızın sonucunu özetlemek gerekirse kısaca şunu söylemeliyiz : daha önce yapılmış takasın sonradan mahkemede ileri sürülmesi olsun, takas hakkının dâva içinde kullanılması olsun, asıl alacak bakımından bir mürekkep ikrar teşkil eder.

64) *Schönke/Schröder/Niese*, § 53 III 2 böyle bir imkânın varlığı görüşündedirler.

BİBLİYOGRAFYA

- Ansay* — Hukuk Yargılama Usulleri, 7. basım, Ankara 1960.
Aubry/Rau — Cours de Droit Civil Français, *Bartin* tarafından 5. basım, c. 12, Paris 1922.
Baudry - Lacantinerie/Barde — Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, Des Obligations, 3. basım, c. 3 - 4, Paris 1908.

- Baumbach/Lauterbach* — Zivilprozessordnung (Kurzkommentar), 22. basım, München - Berlin 1954.
- Baumgärtel* — Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess, Berlin - Frankfurt a.M., 1957.
- Belgesay* — HUMK Şerhi, İstanbul 1939.
- Belgesay* — HUMK Şerhi, 3. basım, c. 3, İsbat Teorisi, Hukuk ve Ceza Usulünde Deliller, İstanbul 1950.
- Berker* — İkrarın Parçalanması (HBM 1938, N. 104, s. 5736 - 5741).
- Berki, A. H.* — Kanunlarımızda İkrar ve Hükümü (Ad. Der. 1936, N. 21, s. 1465 - 1470 ve 1937, N. 1, s. 5 - 11).
- Betzinger* — Die Beweislast im Civilprozess, 2. basım, Berlin 1904.
- Brosset* — Preuves en matière civile (FJS, N. 1176 ilâ 1187).
- Brüggemann* — Wahrheitspflicht und Verhandlungsmaxime im heutigen Prozessrecht, Diss., 1936.
- Bülow* — Das Geständnisrecht, Freiburg 1899.
- Decottignies* — Les Présomptions en Droit Privé, Paris 1950.
- Effimianides* — İkrarın Tecezzi Kabul Etmemesi Mutlak Bir Kaide Olarak Kabul ve Tatbik Olunabilir mi? (HBM 1939, N. 112, s. 5984).
- Egger* — İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, I. cilt, Giriş ve Kişinin Hukuku (çev. : Cernis), Ankara 1947.
- Guldener* — Beweiswürdigung und Beweislast nach scweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955.
- Heveling* — Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess, Diss., Köln 1936.
- Hochuli* — Die Begründung der Klage, Diss., Zürich 1942.
- Hug* — Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess, Diss., Zürich 1943.
- Juchems* — Das Geständnis im Zivil- und Strafprozess, Diss., Düsseldorf 1935.
- Karafakih* — Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952.
- Kummer* — Kommentar zum schweizerischen ZGB, Bd. I, Einleitung, Bern 1962 (m. 8, 9, 10 Şerhleri).
- Kuru* — Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1964.
- Kuru* — Tesbit Dâvaları, Ankara 1963.
- Leuch* — Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 3. basım, Bern 1956.
- Marty/Raynaud* — Droit Civil, c. I, Paris 1956.
- Özkent* — İkrar Parçalanmaz (HBM 1938, N. 110, s. 5918 - 5926).
- Perrot* — Dalloz, Encyclopédie Juridique, Répertoire de Procédure Civile et Commerciale, c. II, Paris 1956 da «Preuve» maddesi.
- Planiol/Ripert* — Traité Pratique de Droit civil français, 2 basım, c. 7, Obligations, Paris 1954.
- Postacioğlu* — Medenî Usul Hukuku Dersleri, 2. Basım, İstanbul 1962.
- Postacioğlu* — Mahkeme İçtihatları Bakımından İkrarın Tecezzisi Mes'elesi (İHFM 1946, c. 12, N. 2 - 3, s. 609 - 626).
- Postacioğlu* — İkrarın Ademi Tecezzisi (İHFM 1947, c. 13, N. 4, s. 1633 - 1637).
- Postacioğlu* — İkrarın Bölünmezliği ve Yeni Bazı Kararlar (İstBD 1960, c. 35, N. 3 - 4, s. 65 - 71).

Postacioğlu — Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul 1952.

Rosenberg — Die Beweislast, 4. basım, München 1956.

Saymen — Türk medenî Hukuku, c. I, Umumî Prensipler, 2. basım, İstanbul 1956.

Schönke/Schröder/Niese — Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 8. basım, Karlsruhe 1956.

Siegrist — Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses, Diss. Bern 1938.

Soylu — İkrarın Tecezzi Kabul Etmediđine Dair Kısaca Birkaç Söz (HBM 1939, N. 112).

Tuason — Das Beweisrecht im St. Gallischen Zivilprozess, Diss. Bern 1929.

Tuğsavul — İsbat Külfeti (Ad. Der. 1951, N. 7, s. 1060 - 1095).

Trawny — Die Wahrheitspflicht, Diss. Emsdetten 1937.

Üstündağ — Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Takas ve Dávada Kullanılmasının Arzettiđi Özellikler (İHFM 1959, c. 25, N. 1 - 4, s. 214 - 223).