

SENETLE İSPAT MECBURİYETİ VE KAİDENİN İSTİSNALARI

Doçent Dr. Necmeddin M. Berkin

I

Senetle İspat Mecburiyeti

1 — Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre, «bir hakkı ihdas, nakil ve tahvil, tecdit, ikrar, itfa ve iskat maksadile icra edilen bilcümle tasarrufat, zamanı vukuundaki mikdar veya kıymeti beş bin kuruşu tecavüz ettiği takdirde, senetle ispat olunmak lâzımdır». Bz. m. 288.

• Bu kaideye nazaran zamanı vukuundaki mikdar veya kıymeti beş bin kuruşu tecavüz eden hukukî muameleler yazılı beyyineden, ezcümle senetten başka vasıtalarla ispat olunamaz. Şu var ki, bu kaideyi lojik gayelerine göre uygulayabilmek için muayyen şartlar gözönünde bulundurulurak bu şartlar dahilinde takyit etmek, sübjektif haklara kanun yolunda garanti bahşetmek elzemdir.

2 — Senetle ispat mecburiyeti kaidesi alacağın dâva olunan kısmına göre tecezzi ettirilemez. Meselâ, beş bin kuruştan ziyade olan bir alacağının sadece üç bin kuruşunu dâva eden alacaklı, dâvasını yine senetle ispat etmek mecburiyetindedir. Çünkü, bu halde hukukî sebep dâva edilen mikdar ile edilmeyen kısım arasında parçalanmış olmaz. Bir kısmı dâva edilmek suretile parçalanmak istense bile, alacağın heyeti umumiyesine taallük eden beyyine bir bütündür. Bu itibarla beş bin kuruştan ziyade olan alacağın sadece üç bin kuruşu dâva edilse bile beyyine yine alacağın heyeti umumiyesine taallük eder.

Alacağın kısmen dâva edilmesi beyyineyi dâva edilen kısma göre parçalamazsa da tamamı münazaalı olmamak şartile mahkemenin vazifesinin alacağın dâva edilen kısmının kıymetine göre tayinine esas olur. Gerçekten, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 4 üncü maddesine göre, bir alacağın kısmen dâva edilmesi halinde dâva olunan

son kısım olmayıp da alacağın tamamı da münazaalı değilse mahkemenin vazifesi dâva olunan kısmın kıymetine göre tayin olunur¹.

Senetle ispatı lâzım gelen bir hakkın «mikdar veya kıymeti istifa ve ibra gibi herhangi bir sebeple muayyen haddin dununa tenezzül etse dahi yine senetsiz ispat olunamaz». Bz. HUMK. m. 289.

3 — Kıymeti beş bin kuruştan fazla olan dâvaların senetle ispatı mecburiyetine dair Hukuk Usul Kanununun 288 inci maddesi hükmü eski Fransız Medeni Kanunundan 1295 tarihli Usulü Muhakematı Hukukiye Kanununa, oradan da yeni mevzuatımıza intikal etmiştir.

1 Nisan 1928 tarihinde tâdil edilmiş olan Fransız Medeni Kanununun 1341 ve takip eden maddelerinin esas teşkil ettiği yeni Fransız hukukunda 500 Fransız frangını tecavüz eden hukukî muamelelerin senetle ispatı emrolunmuştur.

Fransız hukukunda bu cümleden olmak üzere muayyen hukukî muameleler için muayyen şekiller de derpiş edilmiştir. Şu kadar ki, bütün bu şekillerin gayesi Alman, Avusturya ve eski İsviçre kanunlarının aksine olarak şekle riayet suretile muamelelere hukukî bir kıymet veya Alman hukukçularının terimile hukukî bir nüfuz (Rechtswirksamkeit) kazandırmak değil, bilâkis ihtilâfa mahal verdikleri zamanda onların ileriki ispatını teshil etmek olmuştur. Fransız hukukundaki şeklin gayesi, muamelelere, sadece bir ispatiyet (démontrabilité) iktisab ettirebilmektir².

Gayesi bakımından Fransız kanunu hükümlerinin Alman hukuku yönünden büyük bir kıymeti yoktur. Çünkü, Fransız hukukunun muamelelere şekiller sayesinde bahşetmek istediği ispat değeri Alman hukukunda 30 Ocak 1877 tarihli Alman Hukuk Usul Kanununun hâkime bahşettiği mutlak takdir hakkı karşısında hiç te bağlayıcı değildir. Güçlüklerinden sarfınazar şekilciliğin doğurabileceği suiistimaller Alman usul kanununda hâkime serbest takdir hakkı tanınmasında âmil olmuştur.

İspat şekilciliğinde Fransız hukukunu mehzaz ittihaz eden Türk kanunu istisnai olarak İsviçre sisteminden ayrılmıştır. Gerçekten, İsviçre federal hukukunda lehine ve aleyhine hukukî neticeler doğurabilen muameleleri yapabilecek olan tarafların bu muamelelerin ispat şeklini de

1) Yargıtay Ticaret Dairesi 1936 tarihli bir kararında bu hükmü teyit etmiştir. Bz. N. S. Kurdakul, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu shf. 7.

2) Staudinger, Kommentar zum BGB, shf. 632; ayrıca bz. Code Civil, Art. 1341 ff., 1353, 1715, 1834, 1923, 1985, 2044, 2085.

tayinde serbest bırakılmalarına temayül edilmiştir. İsviçre hukukunda kıymete nazaran hesap edilen özel bir ispat şekli kabul edilmemiştir³.

Türk vazı kanunu ispat şekilciliği ile yeni İsviçre hukukundan ayrıldıktan başka İsviçreden doğrudan doğruya iktibas ettiği kanunları, hususile Borçlar Kanunu hükümlerini ispat şekilciliği prensiplerile ahenkleştirmek istemiştir. Meselâ, bu cümleden olmak üzere hukukumuz aynen tercüme ve kabul edilmiş olan İsviçre Borçlar Kanununun 115 inci maddesi kanunumuza bililtizam alınmamış, 16 ncı maddesi ise aslından farklı surette tatbike müsait olacak tarzda tercüme olunmuştur.

4 — Senede bağlı olan hak ve alacaklara karşı dermeyeran olunacak hertürlü müdafaalar da şahitle ispat olunamaz. Bz. HUMK. m. 290. Meselâ senet üzerinde yazılı olan tarihe nazaran muaccel olduğu anlaşılan bir alacağın müeccel olduğuna dair hasmın iddiası senetle ispat olunmak lâzımdır. Sayın Ord. Prof. S. Ş. Ansay'a göre, «faiz yazılı olmayan bir senette kanuni faizden yüksek bir mikdar şart edildiği» de «senetle ispat edilmek lâzımdır»⁴.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 12.7.1939 tarihli kararında dâvacının elindeki senedin buğday mukabili olarak verildiğini ve halbuki buğdayın teslim edilmediğini ve binaenaleyh senedin bedelsiz olduğu iddiası karşısında «borcun sebebi ikrar edilmesine ve hâdisede ikrarın asılsız olduğu hakkında ispat külfeti borçluya ait olup borçlu bu ciheti ispat edemediği takdirde alacaklının yeminle halli mesele edilmesi icap ey» lediğini kabul etmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 13.5.1931 tarihli diğer bir kararında senede karşı def'in senetle ispatı kabil olmayan hukukî bir tasarrufa taallük etmemesi halinde şahitle ispat mecburiyetini aramamıştır. Hâdisede senede bağlı alacak dâvasında dâvalı senette yazılı borcun çalışmak suretile ödenmiş olduğunu dermeyeran etmiş ve senet münderecatı da def'i dâvasını müeyyit görülmüştü⁵.

Kısaca Yargıtay müstakar kararlarında yazıya yazı kaidesini âmme intizamından addetmiştir. Bu itibarla gerek Yargıtay kararları, gerekse Usulün 290 inci maddesi muvacehesinde senet vermiş olan bir borçlunun borcunun mikdarı velev beş bir kuruştan az olsa bile senedin hüküm ve kuvvetini tenkis edecek mahiyette olan iddiasını senetsiz ispat edemez. Gerçekten, hususî senetlerin şahit önünde tanzimi mutat olmadığı gibi

3) M. Guldener, das schweizerische Zivilprozessrecht, shf. 283 ff.

4) S. Ş. Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, shf. 225, ikinci bası.

5) I. Öktem, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İctihatlar, shf. 316, 320, (1944).

taraf lar hususî senedi şahit önünde tanzim etmek için şahit aramak utizliğini göstereceklerse esasen notere kadar gitmek zahmetini ihtiyar ederek borcu daha sağlam olan noter senedine bağlayabilirler. Binaen-aleyh, âdi borç senedine karşı tedarik olunan şahitler ahvalin büyük bir ekseriyetinde yalan şahadette bulunacaklardır⁶. Yalan şahadet ise ceza adaletini olduğu kadar hukuk adaletini de çok tehlikeli yollara saptırdığından, Hocamız Ord. Prof. M. R. Belgesay bugün artık «şahadet delilinin modası geçmiş» olduğuna işaret etmiştir. Hocamıza göre, «bir şahit yalan söylemese bile şahidi olduğu olayın her noktasını iyi gördüğü ve arada geçen zamanda bunları unutmadığı veyahut daha tehlikelisi aklından unuttuklarını tamamlamadığı, tarafların tesir ve telkinleri altında kalmadığı muhakkak değildir»⁷.

5 — İsviçrede federal hukuk ispat kaidelerinin tanziminde kantonları serbest bırakmışsa da onları ispata dair şekil mecburiyeti vaz etmekten menetmiştir. Bu sebeptendir ki, İsviçre kanton hukuk usul kanunlarında, meselâ Neuchâtelde, Zürichte, Bâlde kıymete nazaran muayyen bir hakkın ispatı için şekil veya delil mecburiyeti aranmamaktadır.

Alman hukuku da bu noktada İsviçre hukukuna uygun olup Fransız ve İtalyan kanunlarının aksine olarak senetle ispat mecburiyeti kaidesini vaz etmemek suretile ispat serbestliğine taraftar olmuştur.

İspat sahasında da liberal fikirleri olan ekser Alman hukukçuları şekil ve ispat mecburiyetinin bugünkü ticarî ve iktisadî münasebetlerin gelişmesine mâni olduğunu iddia etmişlerdir. Bu husustaki kanaatlerine göre, şekil mecburiyeti pratik hukuk münasebetlerini güçleştirmekte, iş adamlarının bu münasebetlerde daima aradıkları serbest faaliyet imkânlarını selbetmekte ve bu suretle iş hacmini ve ekonomik gelişmeyi daraltmaktadır. Nitekim, Alman Ticaret Kanununun şekil serbestliği yolundaki prensip hükümlerinin ticarî ve iktisadî kalkınmayı teşvik etmiş olduğu kabul olunmaktadır⁸.

Alman hukukunda senetle ispat mecburiyeti kaidesinin ticarî ve iktisadî faaliyet sahaları haricinde zayıf ve himayeye muhtaç âciz kimseler için tehlikeli olduğu mahzuru da ileri sürülmüştür. Gerçekten,

6) Bz. *Hukuk: Usulü Muhakemeleri Kanununun 290 ncı maddesi üzerinde Düşünceler*, makalemiz İst. Barosu Dergisi S. 9 - Y. XXI. Eylül 1947 shf. 407.

7) Mustafa Resit Belgesay, *İleri Hukuk Dergisi* S. 12 shf. 112.

8) Bz. Alman Ticaret Kanunu m. 317 ff.; Staudinger, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze*, B. I. S. 632. (1936).

onuncu Alman hukukçular kongresinde ekser hukukçular şekle riayet mecburiyetinin sıkı tatbiki yüzünden tecrübesiz ve hüsnüniyet sahibi âciz kimselerin aldatılıp imzaları alındıktan sonra bu gibi âcizler için geri dönmek imkânları bulunamadığı ve nice hakların bu yolda himayesiz kaldığı iddia olunmuştur⁹.

A. Senetle İspat Mecburiyeti Kaidesi Âmme İntizamından mıdır ?

6 — Senetle ispat mecburiyeti kaidesinin âmme intizamından olup olmadığı bilhassa Fransız müellifleri arasında münakaşa edilmiş ve bu kaide hususile adli işlerin azalması, nizaların sürünmeden çabuk ve kolaylıkla halli gerekçesine dayanan ekser müellifler tarafından âmme intizamından addolunmuştur. Müellifler bilhassa şu iki mülâhazaya dayanarak sözü geçen kaideyi âmme intizamından addetmektedirler :

a) Hukuk Usul Kanunu tarafları, haklarının ispat vasıtalarını tayinde ancak kanunun ispat için hususî deliller derpiş etmediği hususlarda serbest bırakmıştır. Bz. HUMK. m. 287. Haklarının ispat vasıtalarının tayininde taraflara bahşolunan serbesti kanunla mukayyettir.

Gerçekten, Usulün 287 nci maddesine göre, «kanunun bir delil ile ispatını emreylediği hususlar başka surette ispat olunamaz». Bu hükme nazaran, taraflar, kanunun muayyen delillerle ispatını emreylediği muamelelerini kanunun bu muamelelerin ispatı için kabul ettiği delillerden başka vasıtalarla ispatını mukavele edemezler. Meselâ taraflar aralarında hususî surette hibe ve teslim ettikleri gayrimenkulleri üzerindeki aynı haklarının sonradan şahitle ispatını mukavele edemezler. Çünkü, kanuna göre, gayrimenkul üzerindeki aynı hakların hibesi, ancak tapu siciline kaydedilmekle tamam olacağından, hibe edilen gayrimenkul üzerindeki aynı hakların kanunî ve gerçek delili de tapu sicillindeki kayıttır. Bz. BK. m. 237. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 934/58 tarih ve sayılı kararına göre, tapu memuru huzurunda hibe olarak gayrimenkulün teşçiline dair olan aktin mahiyeti aslen bey olduğu hakkındaki iddianın tahriri beyyine ile ispat edilmesi lâzım gelirken şahit dinlenmesi kanuna muhaliftir¹⁰.

b) Esas vazifesi sübjektif hakların ihkaki olmakla beraber adliyenin hak sahiplerinin kararlaştırdıkları hareket tarzına riayet etmesi halinde umumî menfaatlerin bozulması.

9) Bz. Alman Medeni Kanununun esbabı mucibe lâyihası 1, 197; H. A. Göktürk, Türk Hukukunda Yazılı Şekil, shf. 10/11 Ankara 1937.

10) Kırdakul s. g. c. shf. 152.

Kanun objektif mülâhazalarla önemli addettiği hukukî muamelelerin yazılı delille ispatını emretmişken tarafların şahitle ispata dair anlaşmalarının kabulü adliyenin kıymetli vaktini fuzulî surette israf eder, adliyei hiç de lüzum olmadan tarafların arzu ve kaprislerinin tatminine âlet eder. Adalet hukukunun aynı zamanda âmme hukukundan addolunması ve hâkimlerin kanunun gerekli kıldığı hallerde kullanılmak üzere âmme yetkileriyle de teçhiz edilmiş olmaları adliyei tarafların elinde oyuncak olmaktan kurtarır.

Adalet hukukunun gayesi umumî menfaatleri tatmin değil, bilâkis ferdin inkâr edilen, tanınmayan sübjektif haklarını teslim etmektir. Taraflar sübjektif haklarında diledikleri gibi tasarruf edebilirler, fakat kanundan aldıkları yetkilerle hareket ettikleri hallerde adliyenin hareket ve yetkilerini ve faaliyetini daraltmak veya genişletmek onların kudreti dışındadır. Adalet makamlarına kanunun çizdiği muayyen hareket tarzını hak sahiplerinin iradeleriyle istikametlendirebilmeleri, hak sahiplerinin iradelerini kanunun üstüne çıkarmış olur ki, buna cevaz verilemez. Adalet hukukunda da hak sahiplerine tanınmış olan irade serbestisi kanunun hududu ile takyit edilmiştir. Binaenaleyh, taraflar iradelerini kanunun hududu dışında kullandıklarında bu iradelerin hukuken kıymeti yoktur.

7 — Kanun umumî menfaatlere uygun olarak tarafların hususi haklarının üstünde tanzim ettiği bazı hükümlerle Adliyei dâvacıların elinde onların arzu ve kaprislerini tatmin etmeye uğraşan bir oyuncak olmaktan kurtarmak istemiştir. Bu noktadan, taraflara yüksek kıymetteki dâvalarını şahitle ispat hususunda ittifak ederek her arzu ettikleri şahsı adalet huzurunda şahit olarak dinletebilmek hakkı verilmemektedir. Çünkü, tarafları bu hususta serbest bırakmak ve adliyei arzu ettikleri ispat vasıtalarının kabulüne mecbur tutmak âmme intizamını ihlâl eder.

Buradaki mânasında âmme intizamı, adliyenin faydasız ve lüzumsuz yere meşgul edilmesi neticesi önemli adli işlerin görülmesine ve diğer nizaların vakti zamanında halledilebilmelerine sekte vermek suretile tecelli eder. Aslında elâstikî olan mahiyeti âmme intizamı mefhumunun buradaki mânasında da tecellisine mâni olmaz. Âmme intizamı mefhumu nihayet müphem bir mefhumdur ve müphem olan mahiyeti itibarile de âmme intizamının muhtevasını tayin edebilmek çok kere müşküldür¹¹. Şu var ki, müphem mahiyeti teslim edilse bile fertlerden evvel umumu ilgilendiren her faaliyet âmme intizamı ile münasebet halindedir.

11) Von Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts* 1889-1890 (Öffentliche Ordnung).

Kanaatimizce, mücerret halde kimsenin hakkını ihlâl etmeyen bir hareket faal hale getirilmekte beraber diğerlerinin bazı haklarını feice uğratacaksa, o hareketin ihtiyarı âmme intizamına aykırıdır. Binaenaleyh, bir sürü iş sahiplerinin işlerini muattal bırakarak geciktirecek derecede adliyei meşgul eden tarafların ittifakı ile adliyenin herhalde bağlı tutulması âmme intizamını bozar.

8 — Senetle ispat mecburiyetine taraftar olanlar bu kaideyi artık yalan şahadete fazla güvenilemeyeceği gerekçesile makûl göstermeye çalışmaktan vazgeçmişlerdir. Zamanımızın modern usul kanunları daha ziyade işlerde emniyet, ucuzluk, az masraf ve sür'at temini gibi herşeyden evvel adalet hukukunun ideal gayelerini tahakkuk ettirmeye çalışmaktadırlar. Usul kanunu hükümlerinin adalet hukukunun ideal gayelerine göre tanzimine temayül edilmesi ise, usul hükümlerinin bu gayeleri gerçekleştirebildiği nispette makûl olduğu mülâhazasını muhik göstermektedir. Binaenaleyh, Usul Kanunumuzun 288 inci maddesinde yazılı olan senetle ispat mecburiyeti kaidesi mahaza adalet hukukunun gayelerini ne dereceye kadar tahakkuk ettirebilip ettirmediği noktasından kıymetlendirilmek lâzımdır.

9 — Senet tevsik ettiği hukukî muameleleri basit olarak belirttiği için ihtilâfları önlemekte ve bu sayede adliyenin işlerini azaltmaktadır.

Senede bağlanmayan hukuk münasebetlerinde tarafların sonradan ihtilâfa düşebilmeleri için herhalde suiniyet sahibi olmaları gerekmez. Taraflar hakikati inkâr etmeseler bile senede bağlanmamış olan muamelelerin şartlarını zamanla unutabilirler. Binaenaleyh, zaman aşımı süresi aşmamış olsa bile oldukça eski tarihli bir aktin şartlarında sonradan çıkan ve adliyei hayli meşgul eden nihayetsiz ihtilâflar bu akti tevsik eden bir senet mevcutsa bu senet münderecatına göre kolaylıkla halledilebileceklerdir.

10 — Senet vasıtasile adliyenin işlerinin azalması muhakeme masraflarının da artmasına mâni olur. Senet, işlerde sür'ati de temin eder. Çünkü, meselâ senede bağlanmayan bir akitten çıkan ihtilâfı tetkik eden mahkeme bir sürü şahit dinlemekten kurtularak vaktini tasarruf etmiş olur.

Senet işlerde ve muamelelerde emniyeti de sağlar. Çünkü, hakkını senede bağlamış olan kimse elinde bulundurduğu senedine ve dolayısıle sübjektif hakkına güvenebilir. Bu güvenlik, hasım senedi inkâr etmedikçe senedin hakkın gerçekliğinin kesin delili olmasından ileri gelir. Senet,

herhalde tevsik ettiği hakkın kanunî karinesidir¹². Borçlar Kanununa göre, senet borçluya iade edildiğinde borç sakıt olmuş addolunduğundan, iade edilmemiş olan senetler borcun mevcudiyetine delil teşkil eder. Bz. BK. m. 88¹³.

Senedini istirdat etmeden ödemede bulunduğunu iddia eden borçlu sözü geçen kanunî karineden faydalanamaz, iddiasını ispatla yükümlü olur. Mahkemeye arzedilmek lâzım gelen bu iddianın dermeyanı, mevzu-kiyeti inkâr edilmeyen senede müsteniden borçlunun icra yolunda takibine mâni olmaz.

Elinde senet bulunan hak sahibi senedine müsteniden doğrudan doğruya icra takibi yaptırabileceğinden, senede karşı hasmının itirazları ise mahkemeye kadar gitmeden icra tetkik merciinde halledilebileceğinden, senet bu yoldan da mahkemelerin işlerini azaltmaktadır. Senedin inkârı, inkâr sabit olmadığı takdirde bazı kanunî müeyyidelerin tatbikini gerektirmesi, hasmın senedi kolayca inkâra teşebbüsüne mâni olur.

Senet, borç atına girenleri, âni karar vermeden düşünmeye mecbur ettiğinden, teşebbüs edilen hukuk münasebetleri ve borçlanmalarda daha ziyade teyakkuza sevketmektedir. Binaenaleyh, senedin inkâr edilemeyen bir de himayekâr rolü vardır.

11 — Hocamız Ord. Prof. M. R. Belgesay senetle ispat mecburiyeti kaidesini;

a) Hâkimlerin işlerini kolaylaştırmak, azaltmak;

b) Yalan şahitlik tehlikesini önlemek gerekçeleriyle izah etmiştir. Şu var ki, yukarıda da işaret ettiğimiz gibi şahadeti modası geçmiş bir delil olarak kabul eden Hocamız bu iki gerekçeden ikincisini zayıf bulmakta ve bu sebeple üzerinde fazla durmamaktadır¹⁴. Gerçekten, Hocamıza göre, yalan şahitlik tehlikesi kıymeti az olsun çok olsun her türlü hukuk münasebetlerinde mevzu bahis olabilir. «Kıymeti az olan işlerde de büyük işler gibi para veya hatır için yalan şahit bulunabilmesi

12) İade edilmeyen senet borcun mevcudiyetinin delili olunca senet bizzat alacaklı tarafından imha edilmiş veya onun tasarrufu altında iken ladesi veya onunla ihtilacı imkânsız olacak derecede telef olduğunda veya yırtıldığında karinenin bağlı bulunduğu hukuki netice yine husule gelir.

13) Ticaret Kanunu da Borçlar Kanununun sözü geçen hükmüne müşabih olarak «bir senedin medyuna ladesi, hilâfı sabit olmadığı halde bedelinin tediyeye edildiğine delil addolun» duğu hükmünü vaz etmiştir. Bz. TK. m. 681.

14) Bakınız No' No. 7.

itibarile hukukî münasebetlerde delilleri tahdit eden kanun hükmü ancak mahkemelerin işlerini kolaylaştırma esasına istinad edebilir»¹⁵.

12 — Delilleri fazlaca tahdit etmek bazan hakkı ispat imkânsızlığı içerisinde bırakarak ziyaa uğratabilir. Bu itibarladır ki, her hukukî muamelenin delillerini tayin etmek ve ancak kanunda gösterilen muayyen delillerle ispatını derpiş etmek hak sahiplerinin hukukunu tehlikeye sokabilir. Delil tahditlerinin tehlikesi bilhassa ufak kıymetteki işlerde daha ziyade hiss olunmaktadır. Çünkü, ufak kıymetteki işlerin senetleşmeye fazlaca tahammülü yoktur. En ufak kıymetteki muamelelere kadar herkese tahmil edilecek olan senetleşme mecburiyeti hak sahipleri için sıkıcı olabilir, hukuk pratiklerine durgunluk vererek küçük iş münasebetlerini felce uğratabilir, küçük işlerle meşgul olan iş sahiplerinin işlerine engel olarak onları atalete sevk edebilir. Sayın Ord. Prof. A. Samim Gönensay'ın Medenî Hukuk kitaplarında işaret buyurdıkları gibi «hukuk şahsın serbestii harekâtını, hürriyet ve faaliyetini tazyik değil, bilâkis eşhas arasındaki münasebet ve muamelâtın terakki ve inkişafını temin gayesini takip» etmek lâzımdır¹⁶.

İşte bütün bu mülâhazaları gözönünde bulunduran Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanun vazı beş bin kuruş miktar ve kıymeti tecavüz etmeyen hukukî muamelelerin delillerini tahdit etmemek suretile senetle ispat mecburiyeti kaidesini umumileştirmekten kaçınmıştır. Bz. madde 288.

13 — Yeni Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun tanziminden evvelki devirlerde de muamelâtı cüz'iyeye için senet tedariki müşkül görülmüş, muamelâtı cüz'iyede bulunacak olup da yazı bilmeyen kimselerin yazıcı ücreti itasına mecbur olmak suretile fazlaca masrafta bulunmalarına, yazıcı bulamamaları halinde ise tasarrufatta bulunmaktan büsbütün mahrum kalmamalarına mâni olmak gibi mülâhazalarla muamelâtı cüz'iyeye için senet tedarikine taraftar olunmamıştır¹⁷.

Senetle ispat mecburiyeti kaidesi, ne 1295 tarihinden evvelki hukukumuzda, ne eski islâm hukukunda, ne de Roma hukukunda kabul edilmiştir. Dinî taassubun kuvvetle yaşandığı ve hikmeti ilâhiye iman edildiği, din ve Allah korkusunun hâkim olduğu eski devirlerde insan

15) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 2, shf. 152.

16) A. Samim Gönensay, Medenî Hukuk Cilt I, shf. 42.

17) Mustafa Reşit Belgesay, Beyyinatın Şeraiti Kabul ve Takdiri, İst. Univ. Hukuk Fakültesi Mecmuası Sene 1, 1332; Sayı 3, shf. 256.

sözüne, şahadet deliline güvenmek pek mahzurlu telâkki edilmeyerek senetle ispat mecburiyeti kaidesinin vaz'ına lüzum hiss olunmamıştı. Bu keyfiyet şahadeti hukuk usulünde olduğu kadar ceza usulünde de kanunî delil haline getirmiş, adaleti rencide edecek türlü suiistimallere yol açmıştı.

Evvelki Medenî Kanunumuz, Mecelle hükmünde yer verilmiş olan şahadetin kanunî delil addolunduğu kaidesi, kanunda yazılı olduğu üzere vakî şahadet karşısında hâkimi bağlamıştı. Hocamız Ord. Prof. M .R. Belgesay'a göre, yargıçların yalan şahadetle bağlı olarak haksız hüküm vermek zorunda kalmaları daha ziyade ispat külfeti kendisine düşmeyen tarafın hasmının delillerini çürütmek için mukabil beyyine gösterememesinden ileri geliyordu¹⁸.

Gerçekten, ispat külfeti kendisine düşen tarafın yalan şahitlerine karşı hasım tarafla yargıcın her ikisi de bağlanmıştı. Bu keyfiyet ise, yalan şahadetle hakkı ispat yolunda bir taraftan halkın ahlâkını bozarken, diğer taraftan da kanun dairesinde yalan şahadeti memlekette bir meslek ve san'at haline getirmişti.

Din korkusunun sarsıldığı, din ve kutsiyete imanın zayıfladığı yerlerde insan sözüne gösterilen büyük güven adliyeyi hatalara sevk etmeye, büyük haksızlıklara yol açmaya başlamıştı. Doğuda olduğu kadar batı illerinde de kanunî delil haline getirilmiş olan şahadet bu suretle büyük haksızlıklara sebebiyet vermişti. Her hususta şahadetle hükmetmek zorunda bırakılmış olan hâkimler artık vicdanlarının sesini duyamaz olmuşlardır. Sayın Ord. Prof. M. Tahir Taner'in de kitaplarında beyan ettikleri üzere «şahsi kanaatine muhalif olsa bile, hâkim hukuktaki gibi delil ile bağlı idi... şahadet başlıca delil idi»¹⁹.

14 — İspat bakımından şekilcilikte fazlaca ısrar etmek tam bir emniyet altına alınmak istenilen hakkın bazen büsbütün isbat edilemiyerek ihkak edilmemesi neticesini doğurabilmektedir. Çünkü, her nasılsa senet almamış veyahut da aldığı senedi kaybetmiş olan kimsenin hakkı, sadece hasmının yeminden nükûl veya ikrarına muallâktır. Onuncu Alman Hukukçular Kongresinde tebarüz ettirildiği üzere şekil mecburiyeti prensibinin sıkı tatbiki çok kere nasılsa aldanarak verdiği imzanın mahiyetini düşünemeyen âcizler için rücuu imkânsız bir tuzak teşkil etmektedir²⁰.

18) Mustafa Reşit Belgesay, Adliye Teskilâtı, shf. 19 Not. İst. 1936; *Usul Hukukumuzun Mazisi* makalemiz Heri Hukuk Dergisi Mayıs 1947 shf. 313.

19) M. Tahir Taner, Ceza Muhakemeleri Usulü, shf. 15. İst. 1945.

20) Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch shf. 631 Art. 125.

15 — Fransız hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da bazı iddiaların senetle ispatı mecburiyetinin kabulü, daha ziyade yalan şahadetle hataya düşülmeden karar verilebilmesine matuf bir tedbir olarak tezahür etmiştir. Fakat, bu noktada eski ve yeni hukukumuzda mehzaz teşkil etmiş olan Fransız Code Civil'inin senet mecburiyeti kaidesini vaz eden hükümleri hakkında ileri sürülebilecek olan yalan şahadete güven beslenemeyeceği hususundaki gerekçeler yukarıda da işaret ettiğimiz gibi (bz. No. 9), kaideyi haklı gösterecek kadar kuvvetli değildir. Gerçekten senede nazaran şahit delilinin yalan olmak ihtimalleri çok ise de, hususile ceza işlerinde hukuk işlerinden hayli önemli nice hükümlerin şahadete müsteniden verilmekte olduğunu unutmamak lâzımdır.

İtalyan hukukunda da yüksek kıymetteki, ezcümle iki bin lireten fazla kıymetteki dâvaların senetle ispatı mecburi tutulmuştur²¹.

II

Kaidenin İstisnaları

A. *Beyyine Başlangıcı Bulunması Halinde Dâvanın Şahitle İspatı.*

16 — Beyyine başlangıcı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 292 nci maddesinde tarif edilmiştir. Bu tarife nazaran, beyyine başlangıcı, müddeabihin tamamen sübutuna kâfi olmamakla beraber bunun vukuuna delâlet eden ve aleyhine ibraz edilmiş olan taraf canibinden verilen evrak ve vesaihtir²².

21) Sabri Şakir Ansay, Hukuk Muhakeme Usulleri shf. 33.

22) Beyyine başlangıcında olduğu gibi kanunun bazı müesseseleri tarif etmesi birtaraftan hukuk istilâhlarına kesinlik vermesi, diğer taraftan kanunun geliş güzel tefsirine imkân vermemesi ve kazal tefsir yolunda hâkimlerin vaktini tasarruf etmiş olması bakımından faydalıdır.

Hususile dillerinde inkilâp geçirmiş olan memleketlerde, ilmin yol gösterici, aydınlatıcı rehberliği altında olsa bile hukuk terimlerinin kendiliğinden özleşmesini beklemenin mahzurlu olduğu kabul edilmektedir. Hukuk terimlerinin özleşmeleri, onların lâfzî ifadelerinin mücerret kavranışlarını değil, bilâkis dil ve gramer kaideleri bakımından herkes tarafından anlaşılabilen belli bir mâna sağlayabilmeleridir. Su var ki, hukuk terimlerinin hukukî mânalarını halk anlamasa bile hukukçular ihtilâfa düşmeden anlayabiliyorlarsa terimlerde yine özleşme vardır. Özleşmiş terimleri ise kanunun tarif etmesi abestir.

Tariften de anlaşıldığı gibi beyyine başlangıcı senetle ispatı lâzım gelen bir dâvayı başlıbaşına ispata yeten bir delil değildir. Beyyine başlangıcının senet kadar kesin delil olmayan yetersizliği, onu senetlerden ayırmakta, ona senet kadar bir ispat kuvveti bahşetmemektedir. Bununla beraber Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, senetle ispatı gereken hukukî muamelelerin beyyine başlangıcı bulunması şartile şahitle ispatına müsaade etmiştir. Bz. HUMK. m. 292. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa, Fransız hukukundan alınan bu hüküm Hukuk Usul Kanunumuzun senetle ispat mecburiyetini emreden 288 inci maddesini pratik ihtiyaçlara uygun şekilde yumuşatmıştır.

Beyyine başlangıcına dair Hukuk Usul Kanunumuzun hükmü Fransız hukukundan alınmış olduğu için bu hükme esas teşkil eden *tahriri beyyine başlangıcı* terimi de Fransızca aslından tercüme edilmiştir. Fransız hukukunda tahriri beyyine başlangıcına *Commencement de preuve par écrit* denmektedir²³.

17 — Beyyine başlangıcını hükmüne esas tutup tutmamak hâkimin takdirine tâbidir. Hâkim, beyyine başlangıcı addolunmak istenilen yazıyı diğer bazı delillerle ikmal ettirerek tam bir delil addedebildiği gibi, doğrudan doğruya da müddeabihin sübutuna yeter bir delil addedebilir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 292 nci maddesinde «senetle ispatı lâzım gelen hususlarda tahriri bir mukaddemei beyyine mevcut olursa şahit istimai caiz» olduğuna dair olan hükmü, beyyine başlangıcına istinad eden hâkime herhalde şahit de dinlemek mecburiyetini tahmil etmemiştir. Hâkim, müddeabihin vukuuna delâlet ettiğine kanaat getirdiği beyyine başlangıcı ile doğrudan doğruya hükmedebilir; müddeabihin vukuuna açıkça delâlet eden beyyine başlangıcı varsa hâkimin şahit dinlemek mecburiyeti kalmaz. Hâkim ancak yeter bir kanaat hasil etmediği takdirde ki, eksik kalan kanaatini dinleyeceği şahitlerle tamamlayacaktır.

Kanaatimizce, kanun hükümlerini terkip eden ibarelerin muayyen bir mânası olmaması vazih olmamalarından daha mahzurludur. Çünkü, muayyen mânası olmayan terimlerle kanun vazının hakiki maksadını ve binnetice kanunun sosyal gayelerini belirtmek kabil olamamaktadır. Binaenaleyh, şahsi ve indî tefsir kapılarını kapayabilmek için kanunlarda kullanılan terimlerin ya hukukî mânaları açık ve vazih olmalı veya kanun kullandığı istilâhları belli edecek şekilde tarif etmelidir. Bz. *Hukuk Dilimizde Terim Meselesi*, makalemiz İst. Tasvirî Efkar Gazetesi 30.9.1945.

23) Bz. Code Civil Art. 1347.

Hâkimin kendisine gösterilen her hangi bir yazıyı beyyine başlangıcı olarak kabul etmek mecburiyeti yoktur. Hâkim bir yazının beyyine başlangıcı olup olmadığını, ezcümle, iddia olunan vakıanın sübutuna delâlet edip etmediğini serbestçe takdir eder. Kezalik ispat vasıtalarından başka olan iddia ve müdafaa vasıtaları ile de beyyine başlangıcını ikmal ettirebilir. Çünkü, hâkim senetsiz ispatı caiz olan dâvalarda, kanunda gösterilmeyen her türlü hüküm sebeplerini, ezcümle, her türlü maddî ve fiilî münasebetleri resen tetkik edebilir, hükmüne esas tutabilir. Bz. HUMK, m. 367. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, sevkettiği 367 nci maddesinde kanunda gösterilmemiş olan, diğer hüküm sebepleri, terimi ile, kanunen muayyen olan ispat vasıtalarını dermeyeran etmemiştir. Hocamız Ord. Prof. M. R. Belgesay «ispat vasıtaları ile iddia ve müdafaa vasıtaları arasında bu noktadan bir ayrılık» bulunduğu kanaatinde²⁴.

18 — Beyyine başlangıcı bir yazıdır; fakat bu yazının imzalı olması gerekmez. Bir yazı beyyine başlangıcı addolunabilmek için;

a) Müddeabihin tamamen sübutuna kâfi olmamakla beraber bunun vukuuna delâlet etmek;

b) Aleyhine ibraz edilen kimseden sadır olmak, lâzımdır.

Münderecatı inkâr edilen yazılar beyyine başlangıcı addolunamaz. Çünkü, aksi sabit olmadıkça bu türlü yazıların aleyhine ibraz edilen kimseden sadır olduğu meşkûktur. Yargıtay müstakar kararlarında hasım tarafından inkâr olunan vesikaları beyyine başlangıcı addetmemektedir²⁵. Gerçekten, hasmın inkâr ettiği vesikanın kimden sadır olduğu meçhuldür. Bu gerekçe, hasmın inkâr ettiği ve hasma aidiyeti şüpheli görülen senetlerin de beyyine başlangıcı addedilebilmesine mâni olmaktadır. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 6.7.1931 tarihli kararında «hasım tarafından inkâr edilen ve hasma aidiyeti sabit olmayan bir senedin mukaddemei beyyine olma» yacağını kabul etmiştir²⁶.

24) Mustafa Resit Belgesay, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt II. shf. 285.

25) Bz. Yargıtay III üncü Hukuk Dairesinin 13.11.1930 ve IV üncü Hukuk Dairesinin 6.11.1932 tarihli kararları, bz. I. Öktem, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu - İctihatlar shf. 325.

26) I. Öktem, s. g. e. shf. 326.

Beyyine başlangıcı müddeabihin vukuuna delâlet ederse de sübutuna tamamen kâfi gelen kesin ve kanunî bir delil değildir. İsminden de anlaşılacağı üzere bir delil başlangıcı, daha doğrusu bir eksik delildir. Öyle eksik bir delil ki, hâkim bununla hükmedebilmek için bunun vukuuna delâlet ettiği hususun gerçekliğini diğer bazı delillerle ikmal etmek, meselâ bazen şahit de dinlemek mecburiyetinde kalmaktadır. Bu cümleden olmak üzere hâkim yemin ile teyit edilen beyyine başlangıcını tam bir delil addedebilir²⁷.

Dost mektupları, hâtıra defterlerindeki kayıtlar, kesilen makbuzlar vesaire gibi hertürlü evrak ve vesaik beyyine başlangıcı addolunabilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında «Ziraat Bankasının icraya verdiği matlûbatı hesap pusulasındaki yüz lira ücreti vekâlet kaydı» nı beyyine başlangıcı addetmiştir. Yargıtay Ticaret Dairesi de 20.11.1930 tarihli kararında «evvelce medarı tatbik ittihaz edilen icra evrakının yandığı tahakkuk etmesine binaen ehli-vukuf tarafından icra kılınan tatbikatı mübeyyin raporu» beyyine başlangıcı olarak kabul etmiştir²⁸.

19 — Müddeabihin vukuuna delâlet etmeyen hiç bir yazı beyyine başlangıcı addolunamaz. Yargıtay IV üncü Hukuk Dairesi 18.6.1930 tarihli kararında sulh teklifini havi mektubu, «bir akitte muvazaanın vukuuna delâlet etmeyeceğinden» bahisle beyyine başlangıcı addetmemiştir²⁹.

Müddeabihin vukuuna delâlet eden beyyine başlangıcı onun vukuuna karine teşkil eder. Bu karine, evsafını mücerret olarak kanunun tayin etmeyip de, bilâkis tarafların beyyine başlangıcı addolunacak vesikalarında müşekkel olarak tayin ettikleri bir karinedir³⁰. Bu türlü karineler, evsaf ve şartları kanunen tayin edilmemiş olduğu içindir ki, hâkimi ikna etmedikçe hükme esas tutulamaz.

20 — Hâkim neye delâlet ettiği belli olmayan objektif bir yazıyı beyyine başlangıcı addederek senetle ispatı gereken bir dâvada şahit dinleyemez; aksi takdirde müddeabihin doğrudan doğruya şahadetle ispatına cevaz vermiş ve binaenaleyh 292 nci maddenin ruhuna olduğu

27) Sabri Şakir Ansay, Hukuk Muhakeme Usulleri shf. 39.

28) N. S. Kurdakul, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu shf. 157.

29) Bz. İ. Öktem, s. g. e. shf. 325.

30) Değerli Hocamız Mustafa Reşit Belgesay bu çeşit karineleri «münazaalı olan noktanın varlığına hâkimin kanaatine göre delâlet eden vakıalardır» diye tarif etmişlerdir. Bz. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. II. shf. 285.

kadar lâfzına da aykırı hareket etmiş olur. Hâkimin dinleyebileceği şahitlerin şahadetleri müddeabihin vukuuna az çok delâlet eden yazıyı tamamlayıcı mahiyette olmak lâzımdır. Hâkim herhalde neye delâlet ettiği belli olmayan bir yazıyı dinleyeceği şahitlerin ifadelerine mesnet yapmaya çalışarak hüküm veremez. Çünkü, neye delâlet ettiği belli olmayan bir yazı şahadetle tamamlanmış addolunamaz. Yargıtay Ticaret Dairesi bir kararında dâvacının defterdarlığa müracaat ettiğine dair defterdarlık evrak defterinde bir kayıt mevcut ise de bu kayıta müracaatın neye dair olduğu hakkında izahat olmadığından, mahkemenin bu kaydın sözü geçen deyn ilmühaberine taallük ettiğine dair şahit dinleyerek bu şahadete müsteniden hüküm vermesini kanuna muhalif addetmiştir. Yargıtay Ticaret Dairesine göre, defterdarlık evrak defterinde görülen kayıt beyyine başlangıcı mahiyetinde olmadığı halde hâdiseye taallük eden 1513 sayılı kanunun birinci maddesinin son fıkrası hükmü nazara alınmaksızın şahit dinlenerek şahadete müsteniden karar verilmesi yolsuzdur³¹.

21 — Beyyine başlangıcı doğrudan doğruya aleyhine kullanılan kimseden sadır olmasa bile onun yetkili mümessilinden sadır olmuşsa muteberdir. Yetkili veya kanunî mümessilden sadır olan yazılar da aleyhine ibraz olunan şahıstan sadır olmuş farz olunur. Binaenaleyh, bir kimsenin murisi, vasisi veyahut da kanunî mümessili tarafından yazılmış olan yazılar o kimse aleyhine beyyine başlangıcı teşkil eder.

Bir kimsenin adi vekili tarafından yazılmış olan yazılar o kimse aleyhine beyyine başlangıcı olmaz. Meğer ki, adi vekile bu hususta hususî salâhiyet verilmiş olsun. Hasımdan gayrı kimseler tarafından yazılmış olan vesikalar ancak hasmın muvafakati üzerine yazılmışsa hasım aleyhine beyyine başlangıcı olabilir.

Üçüncü şahsın yazısı hasım aleyhine beyyine başlangıcı addolunabilmek için üçüncü şahsın hasmın herhalde mümessili olması gerekmez. Üçüncü şahısla hasım arasında temsil münasebeti olmasa bile üçüncü

31) Bz. İ. Öktem, s. g. e. shf. 326; tanınmış Alman medeni usul Ord. Profesörü (Freiburg Üniversitesinde) Dr. Richard Schmidt'ne delâlet ettiği belli olmayan objektif yazılarla hükmolunamayacağını, bir vesikanın münderecatı şahadetle tebellür edeceği muhtemel görülüyorsa şahit dinlenemeyeceğini ve objektif bir vesikanın hic bir delil kuvveti olmadığını kabul etmiştir. Profesöre göre, neye delâlet ettiği yeknazarda belli olmayan şüpheli vesikalar şahadete muhtaç vesikalardır. Profesör bu vesikalara aynı mânada olarak *Zeugniskunde* demektedir. Bz. Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, shf. 512.

şahıs tarafından hasmın açık veya zımnî muvafakatine müsteniden yazılmış olan yazılar hasım aleyhine beyyine başlangıcı addolunabilir³².

B. Senet Tanzimine Mâni Olan Maddî Veya Ahlâkî Bir Sebep Bulunması Halinde Dâvanın Şahitle İspatı.

22 — Senet tanzimine mâni olan maddî veya ahlâkî bir sebep bulunması halinde dâva miktar veya kıymeti beş bin kuruştan fazla olsa bile şahitle ispat olunabilir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu senet tanzimine mâni olan maddî veya ahlâkî sebepleri göstermiştir. Bz. HUMK. m. 293 :

a) Usul ve fûru, birader ve hemşire veya karı koca ve kayınpeder ve valide ile damat ve gelin arasındaki muameleler;

b) Cürümden mütevellit olsun olmasın tazminatı müstelzim fiiller;

c) Yangın ve kazayı bahri veyahut düşman istilâsı gibi senet alınması gayri mümkün veya fevkalâde hallerde yapılan muameleler;

d) Halin icabına ve iki tarafın vaziyetlerine nazaran senede raptı müteamil olmayan muameleler;

e). Akitlerde hata, hile, gabin, cebir ve ikrah vukuu.

Kanun sözü geçen 293 üncü maddesinde sevkettiği istisnâî hükümlerle maddî veya ahlâkî imkânsızlıklar içerisinde senet alamayan hak sahiplerini himaye etmek, makul sebepler tesirile senet alınmaması halinde ispat imkânsızlığı içerisinde hakkın ziyaa uğramasına mâni olmak istemiştir. Şu var ki, hertürlü suiistimalleri önleyebilmek için 293 üncü maddede yazılı istisnâî hükmü dar tefsir etmek muvafık olur. Bununla beraber sözü geçen maddenin d fıkrası oldukça tefsire muhtaç bir mahiyet arz etmektedir. Binaenaleyh, 293 üncü maddeye rasyonel bir tatbik sahası gösterebilmek için hususile maddenin d fıkrasının mânasını ve şumulünü belirtmek lâzımdır.

Ne hangi muamelelerin senede raptı müteamil olduklarını teker teker saymak, ne de kanuna muhalif addolunan teamülleri kanunla tayin etmek mümkün olmadığından, tatbikatta bir muamelenin senede raptı müteamil olup olmadığı daima ehlivukuftan sorulmakta ve alınan mütalâaya nazaran d fıkrasının tatbik edilip edilmeyeceği kabul edilmekte; Yargıtay da bu

32) Bz. Leo Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, IV. Aufl. shf. 191 (Stellvertretung und Belstandschafft).

tatbikatı kanuna uygun görmektedir. Şu var ki, Yargıtaya göre, haricen müteamel addolunmasa ve bu hususu bitaraf bir ehli-vukuf teslim etse bile, kanunun hususî bir şekle tâbi tutmuş olduğu muameleler bu şekle riayet edilmemişse şahitle ispat olunamaz. Meselâ Yargıtay IV üncü Hukuk Dairesinin 24.4.1936 tarihli kararında «sihhati tahriri şekle riayet etmeye mütevakkıf olan kefalet akti, kardeşler arasında vaki olsa bile tahriri şekilde yapılmadıkça muteber ve sabih ol» madığı kabul edilmiştir³³. Kezalik yine Yargıtay IV üncü Hukuk Dairesi diğer bir kararında, fariğ ile mefruğünle h baba evlât olsa bile tapu kaydında evin bedel mukabilinde ferağ edildiği yazılı olmasına göre, fariğın hertürlü iddialarının şahitle ispat olunamayacağını kabul etmiştir³⁴.

23 — 293 üncü maddenin tatbikatında hertürlü suiistimalleri önlemek için şu noktaları gözönünde bulundurmak lâzımdır :

a) 293 üncü maddenin dürdüncü fıkrasını birinci fıkra ile takyit ederek tatbik etmelidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında pek haklı olarak senede raptı müteamil bir muamele olmadıktan sonra enişтелиğe dair olan hısımlığın 293 üncü maddede yazılı karabetten olmadığından bahisle şahit dinlemesi için kanunî bir sebep teşkil edemeyeceğini kabul etmiştir³⁵.

b) 293 üncü maddenin birinci fıkrası ancak dürdüncü fıkrada derpiş olunan şart mevcutsa tahdidî addolunmamalıdır. Halin icaplarına ve iki tarafın vaziyetlerine nazaran senede raptı müteamil olmayan muameleler bulunmadıkça 293 üncü maddenin birinci fıkrasını bu fıkrada yazılı olmayan uzak akrabalara teşmil etmek kanunun maksadına uymaz. Çünkü, hususile uzak akrabalar arasında senetleşmenin teamül olmadığı kabul edilemez.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 23.2.1938 tarihli kararında pek haklı olarak asliye mahkemesinin üvey ana ile oğul arasında cereyan eden muamelenin halin icaplarına ve iki tarafın vaziyetlerine göre senede raptı müteamil olmadığından bahisle şahit dinlemiş olmasını kabul etmek suretile 293 üncü madde fıkralarının birbirinden müstakil olarak tatbikini uygun görmemiştir.

c) Bir muamelenin senede raptı müteamel olup olmadığı indi olarak değil, bilâkis objektif olarak takdir edilmelidir. Binaenaleyh, ilk derece

33) İ. Öktem, bz. s. g. e. shf. 328.

34) N. S. Kurdakul, s. g. e. shf. 160.

35) N. S. Kurdakul, s. g. e. shf. 159.

mahkemelerinin bir muamelenin senede raptı müteamel olup olmadığı hususundaki takdiri mutlak değildir. Mahkeme bu husustaki indî takdirini uluorta tedarik edeceği bir ehlivukuf raporuna da istinat ettiremez. Binaenaleyh, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun sözü geçen 23.2.1938 tarihli kararında kabul ettiği teamülün mevcut olup olmadığının takdirinin herhalde ilk derece mahkemesine ait olduğuna dair gerekçe isabetli değildir. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu içtihadında ısrar etmediği daha sonraki 19.2.1941 tarihli kararından anlaşılmaktadır.

Kısaca, ilk derecede mahkemesi herhalde kanuna muhalif teamülleri takdir edememek lâzımdır.

d) İlk derece mahkemesi muamelenin senede raptı müteamel olup olmadığı keyfiyetini mahallî örf ve âdete göre değil, bilâkîs tarafların içerisinde bulunmuş oldukları halin icaplarına ve hususî vaziyetlerine nazaran takdir etmek lâzımdır. Mahkeme senet alınmasına cevaz vermeden teamüllerle meşgul olmadan tarafların hususî vaziyetleriyle meşgul olmalıdır.

e) Kaide olarak 293 üncü maddenin 290 ıncı madde ile takyit edilmiş olduğu kabul edilmelidir. Binaenaleyh, aralarında senet tanzim etmiş olan kimseler yakın hısım olsalar bile tanzim etmiş oldukları senede karşı şahit ikame edemeyeceklerdir. 12.4.1933 tarihli tevhidî içtihat kararına bakınız.

f) 293 üncü maddenin son fıkrasında derpiş olunan kayıt umumi mahiyeti itibarıyla 290 ıncı maddeyi de takyit eder. Bu itibarla, meselâ senedin zorla alındığı, senet alacaklısının şahsında hata edildiği, senedin tevsik ettiği akitte açık nispetsizlik bulunduğu herhalde şahitle ispat olunabilir. Okadar ki, elinden zorla senet alınan kimse vefat ettiği için hakkını dâva ederek senedi iptal ettirememişse varislerin müdafaaten dahi olsa senedin cebren alınmış olduğu keyfiyetini şahitle ispat edebilmeleri kabildir. Esasen müdafaa sadedinde olsa bile bu gibi hallerde beyyine senedin taallük ettiği hakkın muhtevasına taallük etmemektedir. Binaenaleyh, senede karşı defî kabilinden olsa bile 293 üncü maddenin son fıkrasının mutlak surette kabili tatbik olduğunu kabul etmemek hataya, hileye, cebre maruz kalan hüsnüniyet sahibi kimseleri hukukun himayesinden mahrum bırakmak demektir.

C. Hukukî Ve Maddî Fiillerin Şahitle İspatı.

24 — Mevzuu hukukî muamele (acte juridique) olmayan dâvalar şahitle ispat olunabilirler. Tanınmış Profesör W. Schöenberger'e göre,

geniş mânasında hukukî muamele «haricî bir neticenin kabillinat bir tesiri» olmakla beraber hukukî muamele mevcut addolunabilmek için «bir taraftan ruhî bir dileyiş, diğer taraftan bir aksülâmel hareketi» birlikte bulunmalıdır. Yoksa ruhî bir dileyiş ve onun tabii bir aksülâmel hareketi birbirinden mücerret olarak hukukî muameleyi teşkil edemez³⁶.

Hukukî veya maddî fiiller insanların iradelerinden değil de uzuvlarından sadır oldukları için bunların yazılı delillere bağlanmasına madde-ten imkân yoktur. Hukukî fiiller hukukî mesuliyet doğurabilirlerse de iradeye uygun olarak sadır olmuş şeylerdir. Hukukî muamelelerde ise evvelce bilinen, neticesi önceden kestirilen ve tahakkuku evvelden arzu olunan hukukî neticelerin husulüne tevcih olunmuş iradeler vardır. Hukukî muameleler de nihayet hukukî birer fiil addolunabilirler. Fakat, hukukî fiiller iradeye bağlı muayyen hukukî neticeleri doğurmamaktadırlar. Doğrudan doğruya şuurlu bir iradeden sadır olmayan hukukî fiillerin bazen doğurabilecekleri hukukî neticeleri evvelden kestirilemez. Bu itibarla, hukukî fiilleri hukukî muamelelerin aksine olarak sonradan ispata medar olmak üzere yazılı beyyineye bağlamak imkânı yoktur.

Muhterem Hocamız Ord. Prof. M. R. Belgesay'a göre, hiç kimse önceden tahmin edemediği veya edemeyeceği hukukî bir neticenin ispat vasıtalarını evvelden tedarike zorlanamayacağı gibi esasen o kimse dahi buna kadir değildir. İktidarı dahilinde olmayan delilleri tedarik edemeyen kimse tedarik edemediği deliller için mazur addolunmalıdır. Binaenaleyh, bu kimse herhalde senet gibi kanunî delilden başka vasıtalarla, ezcümle şahitle ispat hakkından mahrum bırakılmak adelete uymaz³⁷.

Kusura istinat eden tazminat dâvalarının da senetle ispatı mecburî değildir. Çünkü, kusurdan doğan alacak hakları da yaralamak, hakaret etmek gibi suç teşkil eden haksız fiillerden doğan haklar kabilindedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1.12.1936 tarihli kararında kusurun şahitle ispatına müsaade etmiştir.

Eski hukukumuzun beşiği mesabesinde olan Mecelle ispat bakımından vekayii adiyeye ile mukavelâtı birbirinden tefrik etmemiştir. Mecelleye göre, vekayii adiyeye olsun, mukavelât olsun her mesele kanunî veya takdiri beyyine ile ispat olunabilir.

36) W. Schöenberger, Bağlamlar Kanunu shf. 161; (Terc. Prof. Dr. H. A. Göktürk) Birinci fasıl Adl. B. tercümesi.

37) Bz. Delillere iktidar teorisi, Mustafa Resit Belgesay, Türk Kanunu Medenisi Şerhi 1945 tabı C. I, shf. 90.

25 — Hukukî fiiller ile maddî fiiller arasında fark yoktur. Gerçekten, maddî fiilleri ispat hukuku bakımından hukukî fiillerden kesin olarak ayırabilmek için hukukî bir kriteriyom bulmak kabil değildir. Çünkü, hukukî fiiller gibi maddî fiilleri de hertürlü beyyine ile ispat edebilmek kabildir. Diğer taraftan her hukukî fiil nihayet maddî bir fiildir. Meselâ, şifahî vasiyetin yapılıp yapılmadığı hukukî bir fiil olduğu kadar maddî bir fiildir. Çünkü, şifahî vasiyetin muhtevası değil de yapılması hukukî bir fiil addedilse bile, şifahî vasiyetin gerçekten yapılmış olup olmadığının ispatı nihayet maddî bir fiilin ispatı demektir³⁸.

D. Ticarî Dâvaların Şahitle İspatı.

26 — Hukuk Usulü Münakemeleri Kanunu ticarî muamelelerin ispat vasıtaları hakkında Ticaret Kanununun istisnâî hükümlerini mahfuz tuttuğundan, ticarî muamelelerden çıkan ihtilâfların ispat vasıtalarının tayininde Hukuk Usul Kanununun 288 inci maddesinin tatbik yeri yoktur. Bz. HUMK. m. 291.

Ticaret Kanunu ticarî muamelelerden çıkan ihtilâfların miktar ve kıymetleri ne olursa olsun hertürlü beyyine ile, ezcümle «şahadet ve karâin ve emarattan mütehassıl» kanaatle halline hâkimi serbest bırakmıştır. Bz. TK. m. 680. Şu var ki, ticarî işlere taallük etse bile hâkimin takdir salâhiyeti mutlak surette ispatı gereken hususa değil, bilâkis ispatı gerekli olan hususun doğruluğuna kanaat verecek olan vasıtalara taallük etmek lâzım gelir. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 20.2.1935 tarihli kararında hâkimin takdir hakkının şahadetin dâvaya mutabakatı halinde mevzu bahis olabileceğini tebarüz ettirmiştir. Okadar ki, Yargıtay Ticaret Dairesinin 27.6.1935 tarihli kararına göre, hâkim mahkeme huzurunda sepketmeyen bir ikrara şahadeti de kabul edip hükmüne esas tutamaz. Yargıtayın ifadesile «mücerret müddeabihin

38) Medenî Kanunun 486 ncı maddesinin tayin etmiş olduğu şartlar dahilinde yapılan şifahî vasiyet vasiyetçinin son arzularını bildirdiği muayyen iki şahidin şahadetleriyle ispat olunabilir. Yeter ki, ortada şifahî vasiyeti gerektiren fevkalâde haller ve bu haller sebebiyle de vasiyetçinin ne el yazısı ile, ne de resmî şekilde vasiyetname yapılması kabil olmasın.

Şifahî vasiyetin münderecatı değil de bizatihi yapılıp yapılmadığı ihtilâfa mahal verdiğinde, bu ihtilâfın herkesin şahadetiyle serbestçe halledilebilmesi kabildir. Çünkü, şifahî vasiyetin gerçekten yapılıp yapılmadığı nihayet maddî bir muamele, maddî bir fiildir.

haricen vukubulan ikrarına şahadet medarı hüküm ittihazına salih değildir»³⁹.

27 — Ticaret Kanununa göre, hâkime kanaat veren her vasıta her ticarî muamelenin ispatı için kâfi bir delil değildir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun mahfuz tuttuğu Ticaret Kanununun 680 inci maddesi «hilâfı işbu kanunda (Ticaret Kanunu) musarrah olmadıkça» kaydıyle Ticaret Kanununun bazı ticarî muamelelerin ispatı için muayyen ve yazılı bazı ispat vasıtalarını mahfuz tutan hükümlerini işaret etmiştir. Bu cümleden olmak üzere Yargıtay Ticaret Dairesinin 24.12.1931 tarihli kararında da işaret edildiği gibi meselâ, «kollektif şirketlerin ve şeraitinin şuhudu şahsiye ile ispatına mesağı kanunî yoktur»⁴⁰. Gerçekten, Ticaret Kanununun 146 ncı maddesinde kollektif şirketlerin yazılı bir mukavelenameye bağlanmaları emrolunmuştur.

28 — Eski Ticareti Bahriye Kanunumuzun mehası olan Fransız Kanununa göre, Ticaret Kanunu, meselâ gemilerin icarında olduğu gibi mahsus bir şekil kabul etmedikçe ticarî dâvaların şahitle ispatı kabildir.

Ticarî icaplardan olan sür'atin temini için ticarî akitlerin herhalde yazılı şekilde tanzimini emretmemiş olan Fransız Ticaret Kanunu Fransız mahkemeleri tarafından da oldukça geniş tefsir edilmiştir⁴¹.

E. Senedin Kaybı Halinde Dâvanın Şahitle İspatı.

29 — Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu sevkettiği 294 üncü maddesinde arzu ve irade haricinde mücbir sebeple senedini kaybeden kimselerin haklarını kaybetmemeleri için bu halde de dâvanın şahitle ispatına müsaade etmiştir. İspat hukukunun fertleri ispat imkânsızlığı içinde bırakarak hakkın ziyaa uğramasını teshil etmek değil, bilâkis adalet kaideleri bulmak suretile hakkı meydana çıkarmaktan ibaret olan gerçek gayesini nazara alan kanun vazın sevkettiği Usulün 294 üncü maddesile elinde olmayan sebeplerle delillerini kaybeden hiç kimseyi haktan mahrum bırakmak istememiştir.

294 üncü madde suiistimal edilmeden tatbik olunabilmek için:

a) İspatı gereken muamelenin gerçekten senede bağlanmış bulunması;

39) Bz. Temyiz Kararları Hukuk Kısmı 1935, 266.

40) I. Öktem, s. g. e. shf. 324.

41) Bz. Mişon Efendi, Mukayeseli Kavanini Medenîye shf. 126 (1330).

b) Muamelenin bağlı olduğu senedin nagihani bir hâdise veya mücbir bir sebeple zayi edilmiş olması lâzımdır.

Bu iki esaslı şarttan her ikisi de şahitle ispat olunabilir. Fakat, bu iki şart birbirinden müstakil olmayıp, bilâkis birbirine bağlı olduğundan, birlikte ispat olunmak lâzımdır. Bu itibarla mücbir sebep ispat edilse bile senedin o mücbir sebep tesiri altında kaybedilmiş olduğu ispat edilememişse hakkı sabit addetmeye imkân yoktur.

Bu esastan şu neticeyi çıkarıyoruz : Senetle ispatı mecburi olmayan bir muamelenin senede bağlanmış olduğu dâvacı tarafından ikrar edilmişse, senedini kaybettiğine dair sebep mücbir addolunmadığında o muamelenin şahitle ispatına müsaade edilemez. Başka bir deyimle bir muamele bir kere senede bağlanmışsa miktar ve kıymeti beş bin kuruştan az bile olsa artık şahit istimaina imkân yoktur; meğer ki, senedin mücbir sebeple kaybedilmiş veya telef edilmiş olduğu sabit olsun. Bu itibarla dâvacı dâva gününde kıymeti beş bin kuruştan az olan dâvasını senede bağlamış olup da senedini kaybetmişse artık senetten bahsetmeyerek 294 üncü madde yerine 288 inci maddeye istinat etmelidir. Çünkü, 294 üncü maddeye dayansa bile netice itibarile dâvasını yine şahitle ispat edecektir.

Değerli Hocamız Ord. Prof. M. R. Belgesay'a göre, dâvacının ispat etmek istediği muameleyi gerçekten senede bağlamış olduğuna şahadet edecek olan «şahitlerin mutlaka senedin münderecatına şahadet etmeleri zarurî değildir»⁴². Gerçekten, ispatı gereken husus senedin münderecatı değil, bilâkis senedin hakikaten yazılarak veya yazdırılarak teslim edilip edilmediğidir. Kaldı ki, yazılan senetlerin münderecatını öğrenmiş olsa bile bu münderecatı tamamı tamamına hatırında tutan şahitler pek azdır.

30 — Şahitlerin senet münderecatının en az neye taallük ettiğini bilmeleri şarttır. Aksi takdirde şahadetlerine güvenilemez. Şahitler sadece senedin yazılmış olduğuna değil, hangi muameleye taallük ettiğine de şahadet edeceklerdir. Çünkü, aynı şahsın muhtelif kimselere senet vermesi, muhtelif kimseler adına senet yazması, yazdırıp imzalaması mümkündür. Şahitler dâvalının dâvacıya bir senet teslim ettiğine şahadet etmişler, fakat bu senedin dâvalının kendi borcu için mi ve ne münasebetle verildiğine vâkıf bulunmıyorlarsa bu husustaki şahadetlerine fazlaca önem vermemelidir. Çünkü, borcuna karşılık başkasının yazdığı borç

42) Mustafa Reşit Belgesay, s. g. serh Cilt II. shf. 170.

senedinin alacaklıya verilmesine ve teslim edilmesine üçüncü bir şahıs dahi tavassut edebilir. Aslında mutavassıt olan ve borç münasebetine tamamen yabancı bulunan bu üçüncü şahsın senedi alacaklıya teslim ederken bunu başkaları görmüş ve senedi teslim eden üçüncü şahsın hakikî borçlu olmadığını bilmeden senet verme fiiline şahit olabilirler.

Yukarıki mülâhazalar senedin «nagihanî bir hâdise veya mücbir bir sebeple» kaybolduğunun ispatında da varittir.

Senedin usulen tevdi olunduğu resmi memur nezdinde kaybolması halinde de 294 üncü madde tatbik olunur. Yeter ki, senet nagihanî bir hâdise veya mücbir sebeple kaybedilmiş olsun.

Senedin tevdi edilmiş olduğu kimsenin herhalde resmi sıfatı bulunmak gerekmez.

Necmeddin M. Berkin