

## MAHKEME İÇTİHATLARI TAHLİLLERİ

Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay

### İSBAT VASITALARI VE KANUNİ KARİNELER

Bu makalemizde, iddia ve müdafaanın ne gibi vasıtalarla ispat edilebileceğine, kanunî karinelere, delillerin temyiz mahkemesi tarafından takdir edilip edilmeyeceğine dair Türkiye Temyiz Mahkemesinden ve İsviçre Federal Mahkemesinden verilmiş son kararları analiz ediyoruz.

Bu kararların anlaşılmasını kolaylaştırmak için ispat vasıtaları ve kanunî karineler hakkında bazı iptidaî izahatın verilmesi faydalıdır.

\*  
\*\*

Kanunu Medenî, 6 ıncı maddesinde, taraflardan her birini müddaalarını ispat ile mükellef tutmuştur. Binaenaleyh, davacı hakkına esas olan bütün maddî vakıaları ve şartları ispata mecbur olduğu gibi, müddaaleyh te müdafaasını ispata mecburdur. Bununla beraber, kanunun tayin ettiği karinelere istinad eden taraf yalnız bu karinelerin mevcudiyetini ispat ile mükelleftir, kanunî karinenin varlığı sabit olduktan sonra, hâkim bu karinenin delili olduğu münasebeti sabit farzetmek mecburiyetindedir. Şukadar ki muayyen bir hâdisede kanunun kabul ettiği karinelerin bulunmasına rağmen, delili addolunan münasebetin mevcut olmadığı, diğer bir ifade ile, bu karinenin aksi, kanunun tayin ettiği istisnalar haricinde, her vasıta ile ispat olunabilir. Şu halde, kanunî karine hakikatte, ispat külfetinin bir taraftan diğerine geçmesini icabettiren sebeplerdir.

Miktar veya kıymeti 50 lirayı aşan hukuki muamelelerin senetle ispat edilmesi mecburidir. Miktar veya kıymeti daha az olan hukuki muameleler, ve her türlü maddî vakıalar, vicdani deliller, yani hâkimi hakikate inandıran her vasıta ile ispat edilebilir.

İddia edilen hukukî fiil, bu fiili müşahede edenlerin, davacının, müddaaleyhin, ehli-vukufun beyanları, veyahut keşif suretile hâkimin doğrudan doğruya hâsıl edeceği malûmat ile ispat edilebildiği gibi, mantıkî muhakeme ile bu vakıaya delâlet edebilen diğer vakıa ve münasebetleri ispat etmek suretile de ispat edilebilir (Kanunî veya adi karineler).

İddia edilen maddî vakıanın doğruluğu hakkında müddaaleyhin beyanatı ikrar olup hukuk işlerinde, kaide olarak kat'î bir delil teşkil eder; âmme intizamı mülâhazaları icabettirmedikçe, hâkim doğruluğunu tetkike mezun değildir. Fakat, şahidin beyanı, hâkime doğruluğu hakkında tam bir kanaat telkin etmedikçe delil olamaz.

Kanunların davacının yemin altında, ikrarın ve hattâ bazan yeminsiz beyanatına kıymet verdiği haller vardır. Ezcümle, Hukuk usulü muhakemeleri 308 maddesinde hâkime imzası münazaalı olan senedi tarafları dinledikten sonra, diğer delilleri tetkike lüzum olmadan, mevsuk veya sahte addetmek salâhiyetini vermiştir.

Şahitlerin beyanatı ile hükme mezun olan hâkim müddaaleyhin mantıksız cevapları karşısında objektif vaziyetlere ve ahvalin mutad yürüyüşüne uygun görünen davacının beyanatını delil olarak kabul edebilmesi tabii görünür. b. Kanunî ve takdîrî deliller makalemiz, *Mahkeme içtihatları s. 34. Hukuk usulü muhakemeleri kanunu şerhimiz*, 1939 tab'ı, cilt: II, s. 17.

Türkiye ve İsviçre Temyiz Mahkemelerinin analiz edeceğimiz kararlarında, mahkeme önünde tarafların lehlerine vaki olup davanın objektif vaziyetlerine uygun görünen beyanlarının delil olabileceği göz önünde tutulmuştur.

## I.

### Alacak senedinin borçluya iadesi :

*Borçlar Kanunu m. 88*

*Türkiye Temyiz Mahkemesi İcra İflâs Dairesi kararı*

*4/1/938 Temyiz kararları s. 521 yıl 1939*

Temyiz Mahkemesinin bu kararına göre, alacaklı senedini kaybettiğini ilân etmiş ve borçlu da elinde bulunan senedin kendi-

sine alacaklı tarafından iade edildiğini ispat edememişse, Borçlar Kanununun 88 inci maddesinin son fıkrası hükmü tatbik edilemez.

*Temyiz Mahkemesinin kararının metni:*

*Temyiz edilen karar: Takipte bulunan Z. nin atlı yüz lira alacağı hakkında borçlu Kadriye tebliğ ettirdiği ödeme emrine karşı bunun tarafından ileriye sürülen itirazın kaldırılmasını istemesi üzerine yapılan duruşma ve tetkikat neticesinde borçlu borcu ödediğine dair alacaklının imzasını havi bir vasika ibraz etmiş olmasına ve alacaklı bu baptaki senedin zayi olduğunu gazete ile ilân eylemiş bulunmasına ve borçlunun eline geçen senedin arkasında bir meşruhat görülmemesine ve mücerret sendin borçlu yedinde bulunması borcun ödendiğine delil teşkil etmeyeceğine mebni adı geçen borçlunun ait olduğu mahkemeye müracaatla muhtar olmak üzere bu baptaki itirazın refine karar verildiği beyanından ibarettir. Temyiz eden: Kadri (borçlu).*

Borçlar Kanununun temyiz dilekçesinde istinad edilen 88 maddesinin son fıkrası senedin borçluya alacaklı tarafından iade edilmesi haline matuftur. Borçlu elindeki senedin alacaklı tarafından kendisine iade edildiğini ispat etmemiştir. Bilâkis alacaklı senedin zayi olduğunu 11 Eylül 1936 tarihinde ilân ettirmiştir. Buna göre mezkûr fıkranın hükmü hâdisede tatbik edilemeyeceğinden borcun itfa edilmiş olduğu iddiası ve buna müteallik temyiz itirazı yerinde değildir. Ancak alacaklı 4/2/937 tarihli celsede alacağından doksan lirasını almış olduğunu ikrar etmesine göre bunun alacağından indirilmesi ve itirazın yalnız bakiye hakkında kaldırılması lâzımgelirken takip talebinde mündemiç bulunan altı yüz liranın tamamı üzerinden itirazın refine karar verilmesi usul ve kanuna uygun olmadığından ve bazma dileği bu noktada varit görüldüğünden temyiz edilen kararın yalnız zikrolunan noktadan İcra İflâs Kanununun 366 ve H. U. M. Kanununun 428 inci maddeleri gereğince bozulmasına ve diğer itirazların reddine ve aşağıda yazılı masrafın ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 4/1/938 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

*Temyiz Mahkemesi İcra İflâs Dairesi Esas no :142 karar nos 28*

1 — Temyiz mahkemesi, kararında, alacak senedinin borçlu elinde bulunmasını, senedin borçluya iade edildiğine ve binaenaleyh

borcun düştüğüne bir karine addetmemiş, borçlu senedin kendisine alacaklı tarafından iade edildiğini ispat etmedikçe kanunî karineden istifade edemeyeceğini kabul etmiştir. Şu halde, borçluya senet iade edilirken iade edildiğine dair üzerine şerh verilmesi ve meşruhatın alacaklı tarafından imza edilmesi zarurî olacaktır.

Kanunu Medenî 898 inci maddesinde zilyetliği mülkiyetin bir karinesi addetmektedir. Bir şahsın bir malı elinde bulundurması bu mal üzerinde iddia ettiği hakka sahip olduğunun kanunî delilidir. İctimaî emniyet ve istikrar böyle bir karinenin kabulünü zarurî kılmıştır. Binaenaleyh, borçlu elinde bulunan senedin usulen kendisine alacaklı tarafından iade edilmiş olduğunu iddia ederse bu hususta kendisinden ispat istenemez. Scheinder, *İsviçre Borçlar Kanunu şerhi*, madde 89, No. 9.

Şu kadar ki bütün kanunî karinelerin aksini ispat caiz olduğundan, alacaklı elinde bulunan senedi zayi ettiğini, bunun usulsüz olarak borçlu tarafından ele geçirildiğini ispat hakkını haizdir.

Alacaklı senedi kaybettiğini, borçlunun bunu usulsüz ele geçirdiğini nasıl ve ne gibi vasıtalarla ispat edebilecektir?

Temyiz Mahkemesi, alacaklının senedi zayi ettiği iddiasını ve bu ziyayı uygun vasıtalarla ilân etmiş bulunmasını, borçlunun da senet kendine iade edildiğini ispat edecek bir delil gösterememesini ve nihayet belki de onun mantıksız, birbirini tutmaz ifadelerini, kanunî karinenin aksini ispat için kâfi görmüştür.

Umumî malûmat kısmında verdiğimiz izahat nazarı dikkate alınırsa Temyiz Mahkemesinin binnetice kanunu doğru ve bugünkü telâkkilere uygun bir surette tatbik etmiş olduğunu kabul edebiliriz.

2. — İcra tetkik mercileri alacaklının alacak senedini borçluya usulen iade etmediği iddiasını tetkika mezun mudur?

İcra İflâs Kanununun 68 inci maddesine göre, alacaklının elinde senet bulunmadıkça borçlunun itirazı icra tetkik mercii tarafından refedilemez. Bu hüküm borçlu tarafından iddia olunan alacağın ödendiği iddiası yapıldığı takdirde de tatbik edilmek lâzımdır.

Temyiz Mahkemesi tarafından tetkik edilen hâdisede, alacaklı senedini kaybettiği için ibraz edememiş, bilâkis, borçlu senedi meşru bir tarikle elde ettiğini iddia etmiştir. Alacaklı borçlunun, senedi usulsüz ele geçirmiş olduğunu mercide ispat edemez. Çünkü, tetkik mercii itiraz üzerine, basit bir usulü muhakeme ile ve umumiyetle takdire tâbi olmıyan delilleri tetkik ederek süratle karar ver-

mek mecburiyetindedir. Borçlu alacaklının elinde senet bulunmadığı için takdiri delillerle iddiasını ispata mecbur kalması halinde, mesele mahkeme tarafından daha fazla garanti arzeden âdi usulü muhakeme ile karara bağlanmak lâzımgelir.

Bu noktadan, Temyiz İcra İflâs dairesinin kararı mülâhaza davet eder.

## II.

### Koca tarafından çocuğun nesebinin reddi

#### *Kanunu Medenî m. 243*

*İsviçre Federal Mahkemesi, 28 Mayıs 1936, JdT. 34 - 1937.*

Koca evlendikten en az 180 gün sonra karısının doğurduğu çocuğun nesebini reddedebilmek için çocuk kendisinden olmak ihtimali bulunmadığını ispat etmek mecburiyetindedir.

Kanun kocanın çocuk kendisinden olmak ihtimalini kaldıran sebeplerin ispat vasıtalarını tayin edemediğinden, koca, baba olmak şüphelerini tamamen izale eden, herhangi bir sebebi ispat etmekle, baba olmak ihtimali bulunmadığını ispat etmiş olur. Fakat, koca, baba olması ihtimal içinde buldukça, çocuk başkasından olduğu hakkında ne kadar kuvvetli karineye istinat ederse etsin, karısının doğurduğu çocuğun nesebini reddedemez.

İsviçre Federal Mahkemesine göre, karı koca arasında kanuni gebelik müddeti içinde cinsî münasebet vuku bulmadığı ispat edilmişse baba olmak ihtimali ortadan kalkar. Federal Mahkeme karı koca arasında cinsî münasebetin vukuu ispat edilse bile, çocuğun bu münasebetin mahsulü olması ihtimali olmadığını da kabili isbat addediyor.

Karı koca arasında cinsî münasebet vukubulmadığı iddiası da diğer iddialar gibi hâkimi ikna eden beyanlar veyahut bu münasebetin olmadığını mantıkî bir muhakeme ile icabettiren diğer müspet vakıalarla ispat edilebilir.

Federal Mahkeme, kararında berveçhi ati hallerde cinsî münasebetin vukubulmadığı veya baba olmak ihtimali bulunmadığı sabit addedilebileceğini yazmıştır:

a. Çocuğun ana ve babadan başka bir ırkın hususî vasıflarını haiz bulunması;

b. Federal Mahkeme babanın kanı ile çocuğun kanının aynı gruba mensup bulunmamasını babalık ihtimalini kat'i olarak

salip bulmamaktadır. İlmin bugünkü terakkiyatı baba ile evlât kanlarının mutlaka aynı gruba mensup olduğunu tesbit edememiştir.

c. Karı koca arasında cinsî münasebete imkân bırakmayan hal ve vaziyetler ispat edildiği takdirde cinsî münasebet bulunmadığı da ispat edilmiş olur. Meselâ, karı kocanın birbirine çok uzak yerlerde oturduğu, birinin mevkuf olup ihtilâttan memnu bulunduğu ispat edilince cinsî münasebetin olmadığı da ispat edilmiş olur.

Federal Mahkeme karı koca arasında cinsî münasebet ihtimallerini kaldıran ahlâkî sebeplerin ispatını da kâfi görmektedir. Ezcümle, karı koca arasında cinsî münasebet imkân ve fırsatları bulunsa bile, onların sosyal fikir ve kanaatleri, birbirine karşı aldıkları tavır ve vaziyetler bu fırsattan istifade etmelerine mâni addolunabildiği takdirde gene cinsî münasebetin olmadığı ispat edilmiş olur. Ezcümle, taraflar üçüncü bir şahıs önünde bir yerde buluşmuşlarsa mücerret bu buluşma ile cinsî münasebet ihtimaline hükmedilemez.

d. Tarafların beyanları, hususile ananın kocasile münasebette bulunmadığı hakkındaki ifadesi hâkime kanaat telkin ettiği takdirde delil olabilir.

### III.

#### Babalık karinesi

İsv. Federal 11 mart 1937 J. d. T. 264. 1937;

30 eylül 1938 J.d.T 258. 1938

Ananın baba olduğu iddia edilen erkekle kanunî gebelik müddeti içinde cinsî münasebette bulunmuş olması babalık hakkında kanunî bir karinedir. Fakat, müddaaleyh babalık karinesi bulunmasına rağmen kendisinin baba olamayacağını ispat edebilir.

Evlilik haricinde ana ile münasebette bulunmuş olan müdaaleyh baba olmadığını ispat edebilmek için bu ihtimali selbeden vakıa ve hâdiseleri ispata mecbur değildir. Müdaaleyh, evvelâ babalığından şüpheyi mucip bir hal bulunduğu hâkimi ikna etmekle iddiasını ispat edebilir. Kanunu Medenî m. 301, saniyen, ananın gebe kaldığı zamanda iffetsiz olduğunu ispat etmek suretile kanunî karineyi kaldırabilir. M. K. m. 302. Bu halde de, babalık sabit olmaz.

Federal Mahkemeye göre ananın gebe kaldığı zaman iffetsizli-

ği mutlak bir surette babalık ihtimalini selbeder. Kadın iffetsizliğine rağmen ahval ve şerait itibarile müddaaleyhin baba olduğunu ispat edemez.

Kanun iffetsizlik sözile neyi kasetmiştir?

İsviçre Federal Mahkemesi gebe kalmış olan kadının gebelik müddeti içinde iki erkekle münasebette bulunmasını 302 inci maddenin aldığı manada iffetsizlik addetmemiştir.

Federal Mahkemeye göre, iffetsizlik kadının doğurduğu çocuğun babası kim olduğunu tayine imkân bırakmayacak surette erkeklerle münasebette bulunmuş olmasıdır. Binaenaleyh, hususî ahval ve şerait itibarile yalnız iki muayyen erkekle münasebette bulunduğu muhakkak olan ana 302 inci madde manasında iffetsiz sayılmaz. Filhakika, kanun bu maddede ahlâksız hayat yaşayan kadınlar hakkında bir ceza tayinini değil, şüpheli olan bir babalığa hükmedilmemesi gayesini istihdaf etmektedir. İki erkekten birinin babalığı muhakkak olup, kan tahlili ile hangisinin baba olduğu tayin edilebilirse babalık davası kabul edilebilir.

Kan tahlili çocuğun kanı, müddaaleyhlerden birinin kan grubuna mensup olup diğerininkine mensup olmadığını gösterirse, hâkim ona göre babalığa hükmedebilir.

Kanunî gebelik müddeti zarfında şahsiyetleri tayin edilemeyen erkeklerle münasebette bulunan kadın iffetsiz sayılarak kanunî kârineden istifade edemez.

Bir kadın ilk rasgeldiği erkekle münasebette bulunmuş olması itibarile, diğer erkeklerle de münasebette bulunmuş olması kuvvetil ihtimal içinde bulunursa iffetsiz sayılmak lâzımdır. Federal Mahkemesi kararı sosyal akide ve kanaatleri itibarile rastgele erkekle münasebette bulunmayacağı muhakkak olup ancak müstesna şartlar altında nefsinin teslim etmiş olan kadınlar hakkında tatbik edilebilir.

§ Davada dahil olmıyan üçüncü şahsın, hattâ müddaalyhin kan tahliline tâbi tutulmağa icbar edilip edilemeyeceği bir mesele teşkil eder. Bizce, hiç bir kimse, kanunun sarahati haricinde, şahsı üzerinde müessir bir fiile maruz kalmak suretile diğeri lehine delil teminine icbar edilmez. Bugün kanunlar delil temini için gerek davada dahil olanları ve gerek üçüncü şahısları mahkemede hakikati beyan etmiye ve mahdud hallerde ellerinde bulunan senet veya diğer vesikaları teslim mecbur tutmakta iseler de şahsen maddî bir şey yapmıya, harekette bulunmıya mecbur etmemektedirler.

Federal Mahkeme de üçüncü şahısların kan tahliline muvafakat suretile davacı lehine delil teminine icbarı caiz olup olmadığını usulü muhakeme meselesi addetmiştir. 30 Eylül 1938 kararı.

#### IV.

### Delillerin nihai takdiri Asliye Mahkemesine mi, Temyiz Mahkemesine mi aittir? Şahadetin takdiri

H. us. 240, 428

#### *Türkiye Temyiz Mahkemesi kararları*

*Umumî heyet 19/1/1938 Temyiz kararları s. 63, 1939  
Temyiz I inci hukuk, 26 Kânunuevvel 1938, Temyiz  
kararları, s. 183, 1939, cilt II, Temyiz II inci hukuk  
12 nisan 1938 temyiz kararları, 3 Kânunusani 1938;  
s. 197. 1939; 203. 1930*

Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 240 ıncı maddesi mucibince, mahkeme, hilâfı kanunda yazılı olmadıkça delilleri serbestçe takdir eder. İlk hâkimlerin delilleri takdiri kat'i ve nihai midir? Temyiz mahkemesinin takdirata müdahale ederek hükümleri bu noktadan mürakabe salâhiyeti var mıdır?

Temyiz mahkemesinin bu mesele hakkındaki içtihatları mustakar bulunmadığını *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu* şerhimizde cilt II., s. 22 ve *Mahkeme içtihadları* kitabımızda, s. 48, tetkik ettik. Temyiz Mahkemesi son kararlarında delillerin nihai takdirinin Temyiz Mahkemesine ait olduğunu kabul etmiştir.

\*  
\*\*

*Temyiz Mahkemesi kararlarının metni:*

#### UMUMİ HEYET KARARI

*Dava: Berberoğlu Alinin kendisine borçlu olduğu halde tasarrufu altında bulunan gayri menkulleri muvazaten evvelâ eniştesine ferağ ederek kaçırmış ve daha sonra da muddaileyh Hüseyin ile uyuşarak bedelsiz ferağ edip mahalli istifa bırakmamış olduğundan bilmuhakeme kayıtların borçlu namına tashihi talebine dairdir.*

*Karar: Müdaabih emvali gayri menkulenin alacaklıyı izarar kastı ile muvazzaten satıldığı anlaşılma ile satışın iptaline dair ve-*

rilen karar indetmeyiz; borçlu ile birinci müşterinin alacaklıları izarar kastı ile işbu alım ve satım muamelesini vazaaten yaptıklarına meydana çıkarır delil mevcut olmadığı ve borçlunun borç ödemedi- den âciz olması ve evvelce emvali gayrimenkullesini karısına satıp bu satışın iptaline karar verilmiş bulunması şimdiki satışın hileli ve muvazzalı olduğuna delil olmayacağı ve alelhusus ikinci müşteri olan müdaaleyhlerden Hüseyinin bu gayrimenkulü suiniyetle satın aldığı ispat edilmiş olmadıkça anın yaptığı akdin kendisi hakkında her halde muteber olması lâzımgeldiği halde muhakemece bu noktalar düşünülmiyerek akdin iptaline hüküm verilmesi kanuna muhalif olduğundan bozulup mahalline iade olunmakla; yeniden yapılan muhakeme sonunda: bazı mütalâat beyanile eski hükmde ısrara karar verilmiştir.

*Temyiz eden: Müdaaleyhler vekili avukat Ziya Kösemen*

Hukuk Heyeti Umumiyesine bittetik ısrarı mutazammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra icabı görüşüp düşünüldü.

Sureti iddia ve müdafaaya ve zabıtname münderecatına nazaran hususi daire ilâmında gösterilen bozma sebepleri varit ve uymak lâzımgelirken ilâmında yazılı mütalâa ve sebeplerle ısrara karar verilmesi yolsuz ve temyiz itirazları varit olduğundan temyiz olunan hükmün dahi Hukuk U. M. K. nun 429 uncu maddesine tevfikan bozulmasına ve aşağıda mfredatı yazılı (778) kuruş temyiz ilâmı harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınmasına 19/1/1938 tarihinde ittifakla karar verildi.

## II ci HUKUK DAİRESİNİN KARARI

*Dava: Babası Süleyman ve anası Hatice 332 senesinde vefat ettikleri halde sicilli nüfusa 321 senesinde vefatları yazılmış olduğundan bahisle kaydın tashihine hüküm verilmesi istenilmiştir.*

*Karar: Davacının babası Süleymanın 332 senesi temmuz ayında ve annesinin de babasından on gün sonra vefat etmiş oldukları şahadetle tahakkuk eylemiş olmasına mebni talep veçhile nüfustaki doğum kayıtlarının 332 olarak tashihine karar verilmiştir.*

*Temyiz eden: Cumhuriyet müddeiumumisi.*

*Temyiz talebinin müddeti içinde vukubulduğu görülüp kabulü ittifakla kararlaştırıldıktan ve dosyadaki evrak okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.*

*Bu dava ne gibi bir lüzum ve maksatla ikame edildiği davacı-*

dan sorularak yalnız nüfus memuru huzurile bakılacak hususattan olduğu anlaşılmaaksızın nüfus memuru muvacehesinde muhakeme icrasile yazılı olduğu üzere karar verilmesi muhalif ve nakız talebi bu itibarla varid olduğundan hükmün (nakzına) 3 kânunusani 938 tarihinde ittifakla karar verildi.

## II ci HUKUK DAİRESİNİN DİĞER KARARI

Esas adı Şükrü olduğu halde nüfusa Mehmet yazılmış olduğundan nüfus kaydının tashihi istenmiştir.

Karar: Müddaaelyh ceza mahkemesinde isminin Mehmet olmayıp Şükrü olduğunu söylemiş ve dinlenen şahitler de mumaileyhin ismi Mehmet Şükrü olduğunu beyan eylemiş olmalarına nazaran makama iddianın talebi veçhile Mehmet adının Şükrü olarak tashihine karar verilmiştir.

Temyiz eden: Nüfus dairesi.

Temyiz talebinin müddeti içinde vukubulduğu görülüp kabulü ittifakla kararlaştırıldıktan ve dosyadaki evrak okunup iş anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Hâdisede müddet cereyan etmezse de şahitler müddaaleyhin adının Mehmet Şükrü olduğuna şahadet etmiş oldukları halde kaydın Şükrü olarak tashihine karar verilmesi muhalif ve nakız talebi bu itibarla varit olduğundan hükmün nakzına 12 nisan 938 tarihinde ittifakla karar verildi.

## I ci HUKUK DAİRESİNİN KARARI

Diğer temyiz müsted'isi Tevfiğe gelince:

Bunun temyiz lâyihası mündericatından evvelki nakız kararında tearuz edilmeyip usulen kat'ilemiş olan noktalara karşı dermeyan olunan itirazlar kanunen tetkik edilemeyeceğinden mezkûr itirazların reddine. Ancak Tevfiğin tapu kaydına istinat ile ikinci elden iktisap ettiği ipotek hakkını bu suretle iktisap etmesi suiniyet ile vuku bulmadığına dair delil ve şahadet mevcut olmadığı ve gerçi şahitlerden İzzet, Zara ve Enver ve Hidayet'in Kadıköy Noterliğine müracaatları sırasında yanlarında Tevfiğe benzer bir şahsın bulunduğunu hatırlamakta olduğunu söylemiş ise de bu şahadeti kat'iyetten mahrum ve zanna müstenit bulunduğu ve Hidayet tarafından Tevfik lehine ipotek tesis edilmesi tarihini de kayda muhalif olarak ihbar etmesi, şahadetinin sahih bir esasa ibtina etmediğine

delâlet eylediği halde Tevfiğin de vaki olan muamelede ve aynı hak iktisabında hüsni nyiet kaidelerine muhalif hareket ettiği telâkki-si ile dairenin diğer bir hâdisedeki içtihat ve kararında yalnız âkid-lerin 360 ıncı maddeden istifade edemiyecekleri ve bunlar hakkında Kanunu Medenin 15 inci maddesinin hükmü tatbiki icap ettiği be-yan edilmiş olduğundan bahisle üçüncü şahıs mevkiinde bulunan kimselere de bu içtihadın şumulü zannile ve o yolda mucip sebepler beyanile ilâmda yazılı olduğu üzere hüküm verilmesinde isabet gö-rülememiştir.

Temyiz edenlerden Tevfik vekilinin bozma dileği bu itibarla ye-rinde olduğundan temyiz edilen son hükmün Tevfiğe müteallik kıs-mının H. U. M. K. 428 inci maddesi gereğince zikrolunan sebepten dolayı bozulmasına..... 26 kânunuevvel 1938 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

°°

1. — Temyiz Mahkemesi Umumî Heyeti, 19/1/938 kararında, as-liye mahkemesi tarafından «müddaabih emvali gayrimenkulenin alacaklıyı ızzar kastile müvazaa olarak» yapıldığı iddia olunan satı-şın iptaline dair verdiği kararı, delillerin kifayetsizliği, hususile «borçlunun borç ödemedi âciz olması ve evvelce emvali gayri-menkulesini karısına satıp bu satışın iptailne karar verilmiş olma-sı» gibi ahlâki münasebetlerden mütehassıl delillerle sabit olamıya-cağı esbabı mucibesile bozmuştur.

Temyiz Mahkemesi, 1 inci hukuk dairesi 26 kânunuevvl 1938 ta-rihli kararında âkidin gayri mümeyyiz olduğunu isbat için ikame edilmiş olan şahidin ifadesini, iddiayı ispat edecek mahiyette gö-rerek, asliye mahkemesinin verdiği kararı, mahkemenin bu husu-sa dair takdirine iştirak etmiyerek bozmuştur.

Asliye mahkemesi, bir şahidin, suiniyeti iddia edilen şahsa ben-zer birini noterde gördüğünü hatırladığını beyan etmesini, o şahsın noterde muamele sırasında hazır bulunduğu sübutu için kâfi addetmişti. Temyiz Mahkemesi ise, şahidin bu beyanını «kat'iyet-ten mahrum ve zanna müstenit» bulunması itibarile iddiayı ispata kâfi addetmemiştir. Şahitlerin doğru söylememeleri bazan kasdı olur, bazan da vak'ayı müşahede ederken düştükleri hatalardan ile-ri gelir. Şahitler bilhassa takdire taallük eden hususlarda çok hata ederler. Onların bir şahsın hüviyetine dair hataları ise sonsuzdur. Şahidin, bir yerde gördüğü kimseyi lâyikile teşhis edememesi ha-

linde bu noktaya matuf beyanatı itimada şayan görülemez. Fakat bir şahidin bir vakıayı ve bütün ahval ve şeraitini kat'î kelimelerle söylemesi zarurî görülmemelidir. Doğru şahit her şeyden şüphe etmesini bilmek lâzımdır. Hattâ bir müeelif, şahidin şehadetinin doğruluğunu onun ifadesindeki kat'iyet ile makûsen mütenasib olduğunu iddia etmiştir. Garraud, No. 258: *Hukuk ve ceza usulü muhakemesinde deliller kitabımız*, No. 119.

Hâkim, bir şahidin ifadesindeki müphemiyetin kasdî olduğundan şüpheyi davet eder sebepler görürse izahat istemelidir. Şahit bir tarafın bir muamelede hazır bulunduğunu hatırladığını söyleyerek kat'î surette beyan etmemiş olup, bu hususu beyan tarzı manâlı görünürse sebebi araştırılmalıdır. Alınacak izaha göre, bu söz zamanın geçmesiyle şahidin tereddütlerine delâlet etmekte ise şehadetini kabul etmemek doğru olur. Bundan başka, bir şehadet takdir edilirken davanın bütün objektif, yani muhakkak olan vaziyetlerini göz önünde tutmalıdır. Şahidin beyanatı bu vaziyetleri izah etmeli, onlara aykırı düşmemelidir. Asliye mahkemesi kararında, bu esası nazara almıyarak, şahidin tapu dairesinde geçirilmiş kayde muhalif, yani ipotek tarihine aykırı olan ve binaenaleyh yalan veyahut yanlış olmasından ciddi şüpheler bulunan şahadetini kabul etmiş idi.

Temyiz mahkemesi açık bir hataya istinat eden asliye mahkemesi kararını, delillerin son takdirini kendine ait telâkki ettiği için, bozmuştur.

Temyiz II inci hukuk dairesi, 12 nisan 1938 kararında, şahitler «müdaaleyhin adının Mehmet Şükrü olduğuna şahadet etmiş olduğukları halde kaydın Şükrü olarak tashihine karar» verilmesini kanuna muhalif addetmiştir. Bu suretle temyiz mahkemesi, asliye mahkemesinin şahidin sözlerini aynen kabul etmiyerek takdir ile verdiği hükmü mürakabesine tâbi tutmuştur.

2. — Delillerin hâkimler tarafından, temyiz mahkemesinin mürakabesine tâbi olmamak üzere takdir edilmesi, onların mevcut hal ve vaziyetleri mantıkî bir muhakemeye tâbi tutmayarak hissiyat ile karar vermelerini mümkün kılar. Hâkimlerin herhangi bir vakıa ve hâdiseyi takdir ederek kanaatleriyle hüküm vermeleri caiz bulunmakla beraber, kanun vazı onların *esbabı mucibeye* istinat etmelerini de lâzım addetmiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, madde 388.

Hâkimlerin *esbabı mucibeye* istinad etmeleri mecburiyeti dava-

da mevzuubahs olan bütün ahval ve vaziyeti akli selime uygun bir surette muhakeme etmelerini zaruri kılar. Şu halde hâkimlerin mantıksız bir muhakeme neticesinde ve bir silsilei efkâra tâbi olmayarak verdikleri hüküm esbabı mucibeye istinad etmiş sayılmaz, kanuna muhaliftir.

Hukuk usulü muhakemeleri kanunu 428 inci maddesinde maddi vakıaların takdirindeki bütün hataları bilhassa asliye mahkemeleri tarafından delillerin yanlış takdirine mahal kalmamak maksadile hükmün nakzını mucip bir sebep addetmiştir.

**Ord. Profesör Mustafa Reşit Belgesay**