

RAPORUN GÖRÜŞÜLMESİ

Zabtı tutanlar: Asistan Salamon KANİTİ
Asistan Alp KURAN

Avukat Vahap BUCAK

«Beyyine tevcihi müessesesinin memleketimizde vuzuh peyda etmemiş bir usul sistemi halinde kaldığına dair Muhterem Profesörümüzün ileri sürdükleri mutalâaya tamamen iştirâk ediyorum.

Beyyine konusunda şimdi aklıma gelen iki nokta üzerinde aydınlatılmamı rica edeceğim. Birisi, Usul Kanunumuzun «Deliller» faslında adı geçen «İkrar» dır. İkrarın hâkim huzurunda veya mahkeme haricindeki şekilleri, mahiyetleri ve neticeleri üzerinde durmıyacağım. Yalnız, eski Ticaret Kanunumuzda ikrarın tecezzi kabul etmiyeceğine dair bir hüküm vardı. Ticaret dâvalarında, kanunun bu hükmü gözönünde tutularak ikrarın tecezzisine yer verilmiyordu. Fakat, Borçlar Hukuku sahasındaki ihtilâflarda, ikrarın tecezzi edebileceğine ve çünkü tecezzi edememek kaidesinin ancak Ticaret Kanunundaki hususî hüküm dolayısıyla ticarî davâlara münhasır kalacağına dair tatbikatta bir temayül belirmişti. Yeni Türk Ticaret K. nu bu arzettiğim hükmü kaldırdı. Usul Kanunumuzda da buna dair bir hüküm mevcut değildir. Olmasına da lüzum yoktur. Ama tatbikattaki bazı temayüller karşısında acaba ikrarın tecezzi kabul etmiyeceği prensibi bizde tarihe mi karışacaktır?

İkinci müşkülüm de şu; Dâva dilekçesinde ileri sürülen bütün vâkıaları, borcunu tamamen inkâr eden dâvalı taraf, dâvasını isbat eden dâvacıya karşı mukabil delil ikame edebilir mi? Tatbikatta buna yer verilmekte ve başlangıçta her şeyi toptan inkâr etmiş olan dâvalıya dahi, dâvanın isbatından sonra, mukabil defiler, deliller ileri sürmek imkânı verilmektedir. Acaba yeni usul kanunu projesinde bu cihetler ele alınmış mıdır? Sayın Profesörümüzün lütfen tenvir buyurmalarını rica ediyorum.»

Prof. İsmail Hakkı KARAFAKİH

«Doğrudur. Eski Ticaret Kanununda «İkrar tecezzi etmez» hükmü vardı. Usul Kanunu projesinde bu hüküm vardı, fakat çıkartıldı. Temyiz, ticarî işler dışında da «ikrar tecezzi etmez» kaidesini kabul etti. Yeni Usul Kanunu projesinde Alman Kanunundan mülhem olarak bu hususta hâkime takdir salâhiyeti veriyoruz.

İkinci meselede Vahap Beyle hemfikirim.»

Prof. Dr. Kemal Tahir GÜRSOY

«Usul Kanununa göre delillerin takdiri hâkime aittir. Buradaki hâkimden ne anlaşılmalıdır? De lege ferenda delillerin takdiri sırf ilk mahkemeye mi verilmeli, yoksa Temyize de salâhiyet tanınmalı mıdır?»

Prof. İsmail Hakkı KARAFAKİH

«Buradaki hâkim, ilk derece mahkemesi hâkimidir, HUMK. daki Delilleri takdir salâhiyetini ilk mahkemeye vermek icab eder, çünkü bütün duruşmayı o tâkip etmiştir, olayları en iyi bilen odur, hayat tecrübelerinden ve tarafların mahkemedeki davranışlarından ilham alır. Ancak ilk mahkeme, delillerinin gerekçesini göstermelidir. Temyiz mahkemesi ise bir derece mahkemesi değildir.»

Prof. Dr. İlhan E. POSTACIOĞLU

«İkrarın tecezzisi meselesinde vaziyet şüphelidir. Vahap Bey, tatbikatın tecezzi temayülünde olduğunu ve Ticaret Kanununun kalkmasıyla bunun daha da kuvvetleneceğini sandığını söyledi. Ancak tatbikatın hangi merkezde olduğu pek söylenemez, adem-i tecezziyi kabul eden kararlar da vardır.

Kanaatime gelince, ikrar tecezzi etmemelidir. Ancak, ikrara eklenen ilâve kayıtlar, hayat tecrübeleri ile ihtilâf halinde ise hâkime ikrarı bölmek hususunda takdir yetkisi vermelidir. İsmail Hakkı Karafakih Bey'in ekspozesinde bir doktora tezi nüvesi görüyorum. Bu hususta kararlar incelenir ve İsviçre ve batı hukukundan istifade edilirse, esaslı bir etüt olur.

«Mecellenin sistemi ile Medenî Kanun, md. 6 arasında fark vardır» diyorlar. Ben, Mecelle'nin 76 ncı maddesi ile bugünkü hukuk arasında fazla fark görmüyorum. Belki Mecelle'deki serpiştirilmiş münferit hükümlerle fark çıkabilir. İsmail Hakkı Bey, ekspozesinde Mecelle'deki

kaidelerin alınmasını temenni etmişse de, sonunda meseleyi hâkimin yetkisine ve takdirine bıraktı.»

Prof. İsmail Hakkı KARAFAKİH

«Mecelle, md. 76 ile MK. 6 arasında şu fark vardır: Medenî Kanuna göre dâvacı iddiasını isbatla mükellef, halbuki Mecelle'ye göre dâvacı ancak yemin teklif edebilir.

İkinci noktaya gelince, hâkimlerin çok meşgul olması dolayısı ile tetkike zaman yoktur. Mecelle'nin «tercih-i beyyinat» hükümlerinden istifadeleri için söyledim, bu hükümler onlara yol göstereceğini diye...»

Avukat Ahmet Refik GORBON

«İsmail Hakkı Beye teşekkür ederim. Büyük bir hukuk inkılâbı yapıldı ve bu, hukukçuları eski ve yeni diye ikiye ayırdı. Eski hukukun muayyen bir beyyineyi kimin tevcih edeceğini, kimin beyyinesinin tercih edileceğini, rüçhanın kime ait olduğunu göstermesi yerindedir. Mecelledeki «sıhhat beyyinesi» ve «maraz beyyinesi» gibi... Gene Mecelle, «müddekiye beyyineyi, münkire yemini tevcih» etmiştir.

Şark hukuku, içtihat yolunun kapanması ile yerini garp hukukuna bırakmıştır. Zira bu hukuk hayata uymaktadır. Fransız MK. nun metni ile Fransız Hukukunun bugünkü durumu farklıdır. Garp Hukuku, yürümele ilerlemiştir.

Hâdiseler hakkındaki görüşler farklı olabilir. Hâkim, her iki tarafı dinler. Heyet-i mecmuadan elde edilen intiba, hükme medar olur. Hâkim, delilleri takdir ettiği zaman, esbab-ı mucibe göstermelidir. Temyiz Mahkemesinin eski istinaf mahkemesinin yerini kısmen alarak deilleri tekrar gözden geçirmesi yerinde olur.

İşlerin çokluğu, hâkimlere ve Temyize tetkik imkânı bırakmıyor, bu bakımdan istikrar yoktur. Kat'î kaideler koymak yerinde olur.»

Doç. Dr. İsmet SUNGURBEY

«Önce sayın Prof. İsmail Hakkı Karafakih'in kullandıkları bazı terimlerle sözlere işaret edeceğim. Raporlarının başlığı «beyyine mükellefiyeti» dir, raporda ise bazan «beyyine mükellefiyeti», bazan da «beyyine külfeti» denmektedir. Oysaki isbat, bir «Pflicht» (ödev, mükellefiyet) değil, «Last» yani bir yük, külfet'tir. Çünkü bir şeyi isbat yükü kendisine düşen kimse, bunu ispata zorlanamaz, yalnızca dâvayı kaybeder. İspat, bir ödev, bir mükellefiyet olsaydı, bu kimse iddiasını ispata da zor-

lanabilecekti. Görülüyor ki bu iki terim arasında çok büyük fark vardır. Medenî Usul Hukuku Profesörü sayın İsmail H. Karafakih'in bu büyük farka dikkat etmelerini beklerdik. «Beyyine» sözü de bugün çok eskimiş bir sözdür, ne demek olduğu belli değildir, anlaşılmamaktadır. Böylece, yanlış ve arapça olan «beyyine mükellefiyeti» yerine, doğru ve yeni dile de uygun olarak «ispat yükü» denmeliydi.

Raporda «inbias eden» sözleri gibi hiç lüzumsuz yere koyu arapça sözler kullanılmıştır. Bizim öz dilimizdeki, ana dilimizdeki «doğan» sözü dururken Arabın «inbias eden» sözünü kullanmağa ne lüzum vardır? Gene rapordaki «bir istimalin neticesidir» gibi deyişler de, sanırım, kelime kelime yapılan bir tercümenin sonucudur.

Sayın Profesör, ispat yükü bakımından Medenî Kanunun «kaasır» olduğunu söylediler ve yeni hukukumuzda Mecelle'deki «tevcih ve tercih-i beyyinat» kaidelerine benzer hükümler getirilmesi gerektiğini ileri sürdüler. Oysaki Medenî Kanunda ispat yükünü düzenleyen hüküm, yalnızca 6 ncı madde değildir. Medenî Kanunumuzda birçok karineler, bundan başka ispat yüküne yer değiştiren hükümler vardır; borca aykırılıkta, adam çalıştıranların sorumluluğunda olduğu gibi. İspat yükü konusundaki bu raporda ise bunlara hiç temas edilmemiş ve ispat yükü bakımından yeni Medenî Kanunumuzun «kaasır» olduğu iddia edilmiştir. Görülüyor ki Medenî Kanunumuz, bu bakımdan iddia edildiği gibi hiç de «kaasır» değildir. - Yeni hukukumuzda Mecelle'deki «tevcih ve tercih-i beyyinat» kaidelerine benzer hükümler de getirilemez; bu, yeni hukukumuzun metoduna uymaz. Şöyle ki, Fransız Medenî Kanunu ve onu takiben Avrupa Kanunnameleri, kazuistik (olaycı) metodu bırakmışlar, mücerret metoda geçmişler, bu metodu almışlardır. Bu kanunlar, prensipleri koymakla yetinmişler, teferruatı, değişen ihtiyaçlara, duruma göre kanunun tamamlanmasını hukuk doktrinine ve uygulamasına bırakmışlardır. Şimdi Yeni hukukumuzda Mecelle'deki «tevcih ve tercih-i beyyinat» hükümlerine benzer hükümler getirilmekle tekrar kazuistik (olaycı) metoda dönülmek isteniyor. Bundan bizi Allah saklasın!

Sayın Profesör raporlarında «hukukçularımız, eserlerinde maalesef Medenî Kanun, Md. 7 ile Hukuk Usul Kanunu, Md. 290 arasındaki aykırılığı belirtecek (daha doğrusu: giderecek) bir çözüm göstermemişlerdir.» dediler. Oysa ki, benim bildiğim, sayın hocalarımız Prof. Belgesay ile Postacıoğlu, gerek eserlerinde gerekse derslerinde yıllardan beri bu çözümü gösterip dururlar. Sayın Prof. Ansay'ın pek beğendiğim eserinde de, şu anda hatırlayamıyorum ama, bu çözüm her halde vardır.

İkrarın bölünüp bölünmeyeceği meselesine gelince, Eski Ticaret Kanunumuzda Fransız Medenî Kanunundan alınmış olan «İkrar tecezzi etmez» diye bir kaide vardı. Bu kaide bir mantık ve adalet prensibi olduğu için, yalnız ticaret işlerinde değil, hukuk işlerinde de yürüdüğü şüphesizdi. Fakat Yargıtayımız 1931 tarihli bir içtihatları birleştirme kararında yanlış olarak bunun yalnız ticaret işlerinde yürüdüğünü söylemişti. Nitekim, 1 Ocak 1957 de yürürlüğe giren Yeni Ticaret Kanununda böyle bir hüküm yok diye de bu prensip ticaret işlerinde de yürürlükten kalkmış değildir. Çünkü bizim hukukumuzda «Yasada olmayan, Dünyada da yoktur» yolunda bir kaide yoktur.

Bu konuda Fransız ve Alman hukuk nizamları başlıca ikrara eklenen ödeme savunmasının bölünüp bölünmemesinde ayrılmaktadırlar. Fransız hukuku bu savunmayı bölmemekte, Alman hukuku ise «bağımsız» bir savunma olduğundan bunu bölmekte ve borcu ikrar etmekle birlikte «Ödedim» diyen kimsenin bunu isbat etmesini istemektedir. Bence, bu konuda Fransız hukukunun çözümü çok daha tatminkâr ve âdildir.

Ben, son defaki bizim Fakülte Dergisinde yayınlanan «Borç İkrarı ve Borç Vaadi» adlı doçentlik tezimde bütün bu problemleri ve Yargıtayın içtihatlarını inceledim. Sayın Prof. Karafakih'ten, bu noktayı cevaplandırırken doğrusu bu eseri de anmalarını beklerdim.»

Prof. Dr. Hüseyin Nail KUBALI

«Rapordan sonra söz alacak arkadaşların, raporun tekniğine, şekline değil de muhtevaya yer vermeleri, aydınlatma bakımından daha faydalı olur, sanıyorum, bunu rica edeceğim.»

Prof. İsmail Hakkı KARAFAKİH

«Beweislast'ın karşılığı beyyine mükellefiyetidir. Ben, kâh külfet, kâh mükellefiyet dedim. Biz, eski mektepteniz; onun için «İnbias eden» diyoruz. «Doğan» asla onun yerini tutamaz. Hukukun ilerlemesi için, gençlerin eski tâbirleri öğrenmeleri gerekir.

Avrupa Hukukunu tamamiyle tatbik, bizim memleketimizin menfaatlerine aykırıdır. Eski Hukukumuzun an'anesi bize daha münasip geliyorsa, onu tatbikte mahzur yoktur. Mutlaka Avrupa Hukukunu tamamen almaya ihtiyaç yoktur. Mecelle'yi de orduğu gibi almıyalım. Ancak «approprié» bir sistem alalım. Geny son kitabında «İsviçre Kanununu bir Fransız hâkimi tatbik edemez, çünkü o kadar bilgisi yoktur; bir İn-

giliz hâkimi ise, tatbik edebilir» diyor. Medenî Kanununun kaası olan bir çok noktaları vardır.

Yazılarını okumadım, kendileriyle daha önce teşerrüf etmemiştim, adlarını bilmiyorum, itizar ederim.»

Doç. Dr. İsmet SUNGURBEY

«Ben, eğer söylemişse, Geny'nin bu «iri-lâkırdı» sının doğruluğuna inanmıyorum. Hem, «Fransız hâkimi İsviçre Medenî Kanununu tatbik edemez» demek, «Türk hâkimi de İsviçre Medenî Kanununu tatbik edemez» demek değildir. Kaldı ki, bu, ideal bakımından da yerinde değildir; biz, çalışıp İsviçre Medenî Kanununu gereği gibi uygulayacak bir seviyeye çıkmak zorundayız.

Sonra «İsviçre Medenî Kanununu bünyemize uydurmak» da kapalı, yanlış bir söz. Tersine biz kendi sosyal bünyemizi yükselterek, Batının medeniyet seviyesine ulaştırarak İsviçre Medenî Kanununa uydurmalıyız.»

Prof. Tahsin Bekir BALTA

«İsviçre MK., Kanton Hukuklarının toplanmasıdır. Geny'nin maksadı bu kanun Fransa'ya yetiyecek derecede değildir, demektir. Mevzu İsviçre MK., nun mükemmeliyeti değil, bir çok meselelerde boşluk ihtiva etmesidir. «İsviçre MK. bize yeter» denmiştir. İhtiyacı çok olan bir memlekete yetmiyebilir.»

Doç. Dr. Halit Kemal ELBİR

«İsviçre'de federal bir Usul Kanunu olmadığı için MK. 6 daki beyyine külfeti hükmü vaz'edilmiştir. Türkiye'de ise, durum öyle değil. Yeni Usul K. projesinde çalıştığınıza göre, daha ziyade usul hukukuna taallük ettiği iddia edilen beyyine külfeti kaidelerinin, MK. 6 dan çıkarılıp Usul Kanununa konması acaba daha yerinde olmaz mı? Yahut da hakkın tecellisiyle ilgili olduğu için yine MK. da mı kalmalıdır?»

Prof. İsmail Hakkı KARAFAKİH

«Belirttiğim gibi İsviçre'de bu, Kantonların federal Kanuna aykırı hareket etmelerine mâni olmak içindir. Ben bunun MK. 6 dan çıkarılması taraftarıyım. Usul Kanununda yer almalıdır. HUMK. 290, MK. 7 ile taaruz halindedir. MK. 7 nin hiç bir faydası yoktur.»

Doç. Dr. Lûtfi DURAN

«Prof. Karafakih, hâkim veya mahkemenin re'sen tahkik salâhiyetinden bahsettiler. Bizde bunun şumulü nedir? Yeni projede hâkimin resen tahkik salâhiyetinin ne mahiyette olmasını arzu ediyorlar?»

Prof. İsmail Hakkı KARAFAKİH

«Yeni HUK. projesine buna ait bazı hükümler konu. Bugünkü hukukumuzda pek hüküm yoktur. Memlekette her yerde avukat yoktur. Ben, hâkime âcil vaziyetlerde re'sen tahkik salâhiyeti verilmesi taraftarıyım. Ben tevsî taraftarıyım. İlhan beyin halen cari prensibi idame ettirme fikrine muhalifim.»

Doç. Dr. Selâhattin Sulhi TEKİNAY

«Muhterem prof. MK. 7 ile HUMK. 290 ın tearuz ettiğini ve MK. 7 nin (kısmen de olsa) bertaraf edildiğini söylediler. «MK. 7 kaldırılabilir» dediler. Egger'i şahit gösterdiler. Henüz muttali oluyorum.

Ancak, MK. 7 nin derpiş ettiği haller başkadır ve bu maddenin kabîl-i ihticac olduğu geniş bir saha vardır. Şöyle ki, HUMK. 290 tamamen hukukî muameleleri nazara alır. Böylece MK. 7 yi hukukî vakıalara hasretmek mümkün ve lâzımdır.

Bundan başka Federal Mahkeme 1955 yılında Journal des Tribunaux-'da intişar eden bir kararında MK. 6 nin maddî hukuka taallûk eden bir hüküm olduğuna işaret etmiştir.»

Prof. İsmail Hakkı KARAFAKİH

«MK. 7, hangi hukukî vakıalarda tatbik edilebilir?

İsviçre'de Kantonlar bu prensip hilâfına hüküm vaz'edemez. Bizde Usul Kanunu ayrıdır. Binaenaleyh kalması lüzumsuzdur»

Doç. Dr. Selâhattin Sulhi TEKİNAY

«Resmî sicil ve senetlerde yapılacak tahrifler, ketimler v.s. haksız fiiller, hukukî vakıa tâbirinin şumulüne girer ve bunların ispatı M.K. 7 ye göre bir şekl-i mahsusa tâbi tutulamaz.»

Prof. Dr. Hüseyin Nail KUBALI

«Sayın Prof. İsmail Hakkı Karafakih'e rapor ve cevaplarından dolayı teşekkür ederim. Kollokyum hakkında intibaim şimdiden müsbettir.»

(Saat 11.10 da 5 dakika ara verildi, saat 11.17 de Ord. Prof. Mustafa Reşit BELGESAY «Fiilî evliliğin ve evlilik dışında doğan çocukların himayesi» hakkındaki raporunu sunmaya başlayıp saat 11.50 de bitirdi.)