

MEDENİ USUL HUKUKU AÇISINDAN FAKS METİNLERİNİN ÖNEMİ VE DELİL NİTELİĞİ

Yrd. Doç. Dr. Recep AKCAN*

A-GİRİŞ

Çağımızda kullanım alanı geniş olan faks (belgegeçer) cihazının (makinasının, aletinin, aracının), gerçek ve tüzel kişiler arasındaki iletişimde büyük bir önemi olduğunu söylemek mümkündür. Faksın taraflara yazışma kolaylığı sağlaması, belge örneğini göndermeyi mümkün kılması ve bu işlevini normal posta ulaşımına göre kısa bir sürede gerçekleştirebilmesi gibi hususlarda bazı özellikleri nedeniyle kullanım alanı genişlemiştir.

Teleks cihazları karşısındaki üstünlükleri nedeniyle; faksların, telekslerin yerini aldığını söyleyebiliriz. İncelememiz, faks metinleri olduğundan, teleks metinlerinin delil değeri konusuna girmedik¹. İncelememizde, faksların, medeni usul hukuku açısından önemi ve delil niteliği üzerinde durduğumuzdan, faksın özelliklerini ve bu cihazdan çıkan metinlerin medeni hukuk açısından niteliğini ve hukuki sonuçlarını ele almadık².

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Bkz. bu konuda: Konuralp H., Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 1988 (Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı) s.92, 98-99; Özmen E. S.: Telefaks Cihazları (Facsimilie) İle Gönderilen İrade Beyanlarının Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Sonuçları (ABD 1990/1 s.72-84 (s.72). İsviçre Hukukunda, teleks mübadelesi ile yapılan sözleşmeler bir delil niteliğinde görülmektedir (Dayınlarlı K.: Teleks Mübadelesi İle Yapılan Sözleşme, YD 1987/4 s.549-552). Yargıtay, alıcısı olduğu tarafça kabul edilmeyen ve PTT aracılığı ile değil de özel olarak çekilen teleksin delil olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir (19. HD 15.10.1993, 11910/6670: Uyar T., İcra ve İflas Kanunu; C.1, İzmir 1996 s.1233-1234). Fransız hukukunda, teleksin medeni usul hukuku açısından, yazılı delil başlangıcı olabileceği tereddütlü bir şekilde kabul edilmektedir (Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.99).

2 Bkz. bu konuda: Özmen s.72 vd.

Bu incelememizdeki amacımız, çağımızın yeni teknik gelişmelerinden biri olan faks cihazı ile gönderilen metinlerin medeni usul hukuku açısından önemini ve delil niteliğini belirlemeye çalışmaktır. Teknik gelişmeler, ispata ilişkin kuralları zorlamaktadır. Faks kanunlarda henüz delil niteliğine kavuşturulmamıştır. Medeni Usul Hukukunda deliller kesin deliller ve takdiri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kesin deliller, kesin hüküm (HUMK m.237), senet (HUMK m.287 vd), ikrar (HUMK m.236) ve yemin (HUMK m.337 vd)' dir. Takdiri deliller ise, tanık (HUMK m.245-274), bilirkişi (HUMK m.275-286), keşif (HUMK m.363-366) ve özel hüküm sebepleridir (HUMK m.367)³. Deliller konusundaki bu ayırım içinde, faks metinlerinin yerinin ve hangi delil grubuna girdiği hususunun araştırılması gerekmektedir. Faks günümüzde çok yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Faks metninin nasıl bir delil olduğu hususu, Hukuk

3 Bkz. kesin ve takdiri deliller konusunda: Kuru B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.2 , İstanbul 2001 (Kuru-Usul) s.1965 vd; Kuru B./Arslan R./Yılmaz E.: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001 s.421 vd; Yılmaz E.: (medeni yargılama hukukunda) Yemin, Ankara 1989 (Yılmaz-Yemin) s.178; Pekcanitez H.: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2000 (Pekcanitez-Usul) s.325 vd; Pekcanitez H./Atalay O./Özekes M.: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001 (Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul) s. 393 vd; Pekcanitez H./Atalay O./Özekes M.: Medeni Usul Hukuku-İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2001 (Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul ve İcra) s.115 vd; Yıldırım M. K.: Die Bedeutung des Urkundenbeweis im türkischen Zivilprozessrecht, Zeitschrift für Zivilprozess International 3.band 1998 s.380; Yıldırım M. K.: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990 (Yıldırım-Delillerin Değerlendirilmesi) s.207 vd; Konuralp H.: Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999 (Konuralp-İspat) s. 8 vd; Önen E.: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979 s.207 vd; Kuru B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995 (Kuru-El Kitabı) s.424 vd; Bilge N./Önen E.: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978 s.493 ve s.510 vd; Alangoya H.Y.: Medeni Usul Hukuku Esasları, C.I ,İstanbul 2000 s.271 vd; Tercan E.: Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması), Ankara 2001 s.314 vd; Taşpınar S.: Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001 s.44, 149,181,191,199,201; Üstündağ S.: Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1997 s.628 vd; Berkin N.M.: Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981 s.741 vd; Postacıoğlu İ. E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975 s.568 vd; Ansay S. Ş.: Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960 s.251 vd; Karafakih İ. H.: Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952 s.176 vd.

Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda açık değildir⁴. Faks metinlerinin delil değeri ele alınmadan, faks cihazının tanımı ve önemine değinmek yararlı olacaktır.

B-FAKSIN TANIMI ve ÖNEMİ

Faks ve telefaks kavramları eş anlamlı sözcüklerdir. Faksimile kavramı da, faks ile ilgilidir⁵. Günlük yaşamda, genellikle faks, faks çekme kavramı kullanıldığından, incelememizde telefaks kavramı yerine, faks kavramına yer verdik. Yine, faks bir cihaz olduğundan, faks cihazından çıkan kopyaları ifade edebilmek için, faks veya faks cihazı yerine, faks metni kavramını kullanmayı uygun gördük.

Faks cihazı, günümüz teknolojisinin getirdiği bir elektronik araç olup, bunun sayesinde bir yerden diğer bir yere yazılı belgenin hemen gönderilebilmesi (ulaştırılabilmesi) mümkün hale gelmiştir⁶. Faks cihazını şu şekilde tanımlamak mümkündür: Faks cihazı, yazılı bir metni telefotokopi olarak adlandıran sistemle, bir telefon hattına ve numarasına bağlı olarak, alıcı taraftaki mevcut faks cihazına hemen gönderme işlevini yerine getiren makineye verilen isimdir⁷. Faks cihazı yoluyla, bir metnin gönderilebilmesi için, gönderici ve alıcı cihazın varlığı gereklidir. Bir metin, gönderen cihaz tarafından alıcı cihaza gönderilmektedir.

Faks cihazının, günümüzde kullanım alanı geniştir. Gerçek ve tüzel kişiler arasındaki iletişimde büyük bir önemi vardır. İletişimi yazışma yoluyla kısa sürede hızlı bir şekilde sağlar. Bu ve benzeri nedenlerle, faks cihazından, çağımızda oldukça yaygın bir şekilde yararlanılmaktadır⁸.

Faks cihazı ile gönderilen metinlerin, medeni usul hukuku açısından, dava açılması, tebligat, delil olma ve kanun yollarına başvurma konusunda önemi bulunmaktadır. Taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıklarda mevcut faks metinlerinin niteliğinin yargılama sırasında tartışma konusu yapılması mümkündür. Ada-

4 Pekcanitez H.: Yargının Hızlandırılmasına İlişkin Avrupa Usul Hukukundaki Gelişmeler (İzmir BD 2000/4 s.36-59 (s.43) (Pekcanitez-Yargının Hızlandırılması).

5 Bkz. Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001 (Yılmaz-Sözlük) s.859 telefaks kavramına ve s.280 faksimile kavramına.

6 Yılmaz-Sözlük s.280 faks kavramı.

7 Özmen s.72-73.

8 Pekcanitez-Yargının Hızlandırılması s.43.

let Bakanlığı ile Posta Telefon Telgraf İşletmesi arasında varılan mutabakat sonucunda faks cihazı yoluyla da tebliğ evrakı kabul edilebileceği belirtilmiştir⁹. Bazı ülkelerde faks cihazından yararlanılarak dava açılabilmesi mümkündür. Faks cihazı yoluyla tebligat, Kore’de avukatlar için kabul edilmiştir¹⁰. Hukukumuzda, mahkemeler ve tebliği yaptırabilecek diğer merciler tarafından (avukat, noter gibi), faksimil ile (elektronik mektupla) tebligat yapılması mümkündür¹¹. Faks gibi modern cihazların yargıda kullanılmasına çalışılmalıdır. Günümüzde faks gibi cihazların adalet hizmetlerinde yeterince kullanılabilildiğini söylemek mümkün değildir¹².

İdare tarafından hazırlanan ve içeriğinde kamusal bir irade açıklamasını barındıran ve kişilerin hukuki durumlarını etkileyen faks şeklinde hazırlanmış

9 PTT Genel Müdürlüğünün Ankara Barosu’na gönderdiği Ş 1, K.1.D.32593-4 Nolu Postada Tebligat İşlemleri Rehberi konulu yazı için bkz: ABD 1986/6 s.1117. Alman Federal Mahkemesi kararına göre, taraflar, el yazısı ile imzasını atarak, faks cihazı bağlantısı ile kanun yoluna başvurabilir. Bu başvurunun doğrudan mahkemenin alıcı faks cihazına yapılması yeterlidir. Başvurunun, Posta İdaresi aracılığıyla da yapılması mümkündür (BGH NJW 83, 1498; Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, München 1993, s.309).

10 Pekcanitez-Yargının Hızlandırılması s.55-56.

11 Yılmaz E./Çağlar T.: Tebligat Hukuku, Ankara 1991 s.75-78, s.711 dn.1, s.719 vd, s.741-743. Avukatlık Kanunu m.56 uyarınca: “Avukatlar, vekalet aldıkları işlerde, ilgili yargı merci aracılığı ile ve bu yargı merciinin tebligat konusunda bir kararı olmaksızın, diğer tarafa adli kağıt ve belge tebliğ edebilirler. Tebliğ edilen kağıt ve belgelerin birer nüshası, gerekli harç, vergi ve resim ödenmek şartıyla, ilgili yargı merciinin dosyasına konur”. Bkz. avukatların faks cihazı ile tebligat yapabilip yapamayacağı konusunda: Karacabey M. H., Avukatlık Kanununun 56’ncı Maddesi Açısından “Faks” İle Tebliğ (İBD 1991/1-2-3).

12 Yılmaz E.: Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler (SÜHFD, Prof. Dr. Şakir Berki’ye Armağan, 1996/1-2 s.55-76 (s.69); Pekcanitez H.: Yargı Reformu Yapılmasını Gerektiren Nedenler (İzmir BD 1995/Nisan s.103-113 (s.112).

işlemler idari işlem olarak kabul edilmektedirler¹³. İdare tarafından doğrudan doğruya ilgiliye yazılmış olan yazılar delil niteliğindedir¹⁴.

C-FAKS METNİNİN FOTOKOPİ ÖZELLİĞİNDE OLMASI

Faks cihazı ile, yazı veya resim, tıpkı basım şeklinde, kopya olarak gerçekleştirilmektedir¹⁵. Faks cihazıyla gönderilen metin, fotokopi olarak, karşı tarafça aslının bir benzeri olarak elde edilmektedir. Faks metni bir surettir. Yani, asıl metnin, bir araç vasıtası ile benzerinin elde edilmesidir¹⁶. Faks metinleri, daktilo gibi bir makine ile veya el yazısıyla yazılmış olabilir. Bilgisayar aracılığı ile de, faks metninin gönderilmesi mümkündür. Normal faks cihazı veya bilgisayar üzerinden faks metni gönderilmesi, zorunlu olarak telefon şebekesine bağlı olarak yapılmakta, faks metni gönderilmesi telefon hattı aracılığıyla yerine getirilebilmektedir. Faks cihazıyla metin gönderilmesi işlevi, cihazın bağlı olduğu telefon numarası aracılığı ile gerçekleşmektedir. Normal faks cihazı ile gönderilen metinlerin aslı gönderen taraftadır. Faks cihazından çıkan metin asıl değildir, bir surettir. Bilgisayar ortamından alınan çıktı orijinal değildir¹⁷. Bilgisayar aracılığı ile gönderilen ve çıktısı alınan faks metni de bir surettir. Çünkü, asıl metin bilgisayardadır. Yazıcıdan alınan çıktı bir belge özelliğinde olmakla beraber, asıl bir örneğidir. Yazıcının özelliği, bilgisayardaki metinlerin yazılmasına yardımcı olmasıdır. Yazıcı, yazdırma işlemine yardımcı olan araçtır. Bilgisayar ekrandaki veya bilgisayardan diskete alınmış bir metnin yazılı olarak elde edilmesine yardımcı olur. Normal faks cihazı ile veya bilgisayar üzerinden faks göndermelerde, elde edilecek belge fotokopi niteliğindedir. Çünkü, belgenin aslı gönderen tarafta veya kayıtlı ise faksı gönderen bilgisayardadır.

13 Akyılmaz B.: İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara 2000 s.188.

14 Üstündağ s.637; HGK 8.1.1964 (İKİD 39 s.2833 vd).

15 Yılmaz-Sözlük s.280'de, faksimile kavramının tanımı şu şekilde verilmektedir: "Faksimile-Tıpkıbasım; yazı ve resimde kopya; faks ile ilgili".

16 Özmen s.73.

17 Bkz. M.

Fotokopi, yazı niteliğinde görülemez¹⁸. Fotokopi, yazı veya yazılı belgenin kendisi değildir. Yazının fotokopisi üzerinde, imza ve yazı görülebilir. Fotokopi, bir yazıyı temsil etmektedir. Bir suret olmakla birlikte, herhangi bir suretten farklı olarak aslının aynısını, kendisini göstermektedir. Fotokopi, yazının kendisi olmamakla birlikte, onun taşıyıcısı, yansıtıcısı olan bir surettir. Fotokopi delil yokluğuna eşdeğer sayılmamalıdır¹⁹. Aleyhine delil olarak ileri sürülen taraf fotokopinin ve altındaki imzanın kendisine ait olduğunu beyan ederse, bu durumda fotokopi senede eşdeğer kesin bir delil sayılmalıdır. Fotokopi, gerekli görülürse diğer delillerle desteklenmesi halinde ispat gücü kazanabilir²⁰. Faks ile gönderilen metinler, bir fotokopidir. Öğretide fotokopilerin yazılı delil başlangıcı olarak görülüp görülemeyeceği konusu tartışmalıdır. Öğretide bazı görüşlere göre, düzenleyenin el ile atılmış imzasını taşımadığı için, fotokopinin, senet sayılamayacağı, fakat yazılı delil başlangıcı sayılabileceği kabul edilmektedir²¹. Öğretideki diğer görüşlere göre, fotokopi makinesi ile elde edilmiş fotokopilerin her zaman hile ile yanıltıcı bir şekilde hazırlanması mümkün olduğundan, yazılı delil başlangıcı sayılamayacağı da ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, “yazı unsurunu tahakkuk ettirmemesi ve fotomontaj usulü ile elde edilmiş bulunması ihtimali” gerekçesi ile, fotokopinin yazılı delil başlangıcı kabul edilmemesi gerekir²². Diğer bir görüşe göre, yazılı delil başlangıcı takdiri bir delil olduğundan, fotokopilerin hile hazırlandığı ihtimal dışı görüldüğü takdirde, yazılı delil başlangıcı sayılabilir²³. Bazı Fransız hukukçuları ise, rötuş ve değişiklik tehlikesine işaret ederek, senet fotokopilerinin aslına eşdeğer tutulamayacağı; fakat herhangi bir senet sureti sayılarak Fransız Medeni Kanununun 1335 ve devamı maddelerindeki hallerin varlığı halinde, yazılı delil başlangıcı sayılabileceği sonucuna varmışlardır²⁴.

18 Kuru-Usul C.2 s. 2076 ve s. 2081; Pekcantez-Usul s.331; Pekcantez/Atalay/Özekes-Usul s.402; Pekcantez/Atalay/Özekes-Usul ve İcra s.118; Postacıoğlu s.597.

19 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.53-54 ve s.57.

20 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.57.

21 Kuru-Usul C.2 s.2076, s.2185, s.2309.

22 Postacıoğlu s.597 dn.37; Önen s.249; bkz. ayrıca: Karafakih s.192-193.

23 Mustafa Tiftik, Yazılı Delil Başlangıcı (AD 1984/2 s.247).

24 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.55 ve s.55 dn.55.

Fotokopilerin yazılı delil başlangıcına esas alınamayacağına ilişkin görüşlerin temel dayanağını sahtelik tehlikesi oluşturmaktadır. Fakat, sahtelik tehlikesi yalnızca fotokopilere ilişkin değildir. Senetlerin asıllarının da sahte veya üzerinde değişiklik yapılması mümkündür²⁵.

Yargıtay'a göre, senet fotokopisinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 292. maddesi anlamında yazılı delil başlangıcı sayılabilmesi için, öncelikle, imzanın davacının elinden çıktığının belirlenmesi gerekmektedir²⁶. Yine, Yargıtay'a göre, belgelerin fotokopileri üzerinde inceleme ile sağlıklı sonuca ulaşılması mümkün değildir. Belgelerin tümünün aslı incelenerek sonuca varılmalıdır²⁷.

Aslı mahkemeye ibraz edilemeyen belgenin fotokopisi, yazılı delil başlangıcı sayılabilir. Düzenleyenin el ile atılmış imzasını taşımayan fotokopi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.292'ye göre yazılı delil başlangıcı sayılabilmelidir²⁸. Yazılı delil başlangıcının maddi unsurunu oluşturabilen yazı ve belgeler sınırlı sayıda değildir. Fotokopi yazılı delil başlangıcına örnektir. Herhangi bir yazıyı içeren belgeler, belirli bir hukuki işlemin ispatı bakımından başka bir şekilde nitelenmiyorsa (örneğin senet sayılmıyorsa) yazılı delil başlangıcının maddi unsurunu oluşturabilirler²⁹.

Faks metinlerini diğer fotokopilerden ayıran özellik, faks metnini ibraz eden tarafın elinde kural olarak asılın bulunmamasıdır. Faks metninin aslı, gönderen taraftadır. Fotokopi niteliğindeki faks metninin, bazı hallerde yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmesi uygun olacaktır. Bunun yanında, yazılı delil başlangıcı sayılması konusunda, faks metninin mutlaka lehine delil oluşturduğu kişiye gönderilmiş olma zorunluluğu da aranmamalıdır. Fotokopi makineleri ile elde edilmiş belgelerden farklı olarak, faks cihazından çıkan metni ibraz eden taraf, o belgenin karşı taraftan sadır olup olmadığını belirleyebilir. Çünkü, gönderilen faks metninin üzerinde, bu metnin hangi tarihte ve saatte, hangi faks numarasından gönderildiği bellidir.

25 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.55.

26 13. HD 17.11.1981, 6777/7320 (Yasa HD 1982/4 s.607-608).

27 13. HD 17.04.1995, 3476/3822 (Alangoya s.283 dn.16).

28 Kuru-Usul C.2 s.2076; Kuru- El Kitabı s.457.

29 Konuralp-İspat s.39.

D-FAKS METNİ BİR BELGE NİTELİĞİNDEDİR

Faks cihazından çıkan ve aslının bir kopyası olarak elde edilen metin, medeni usul hukuku açısından bir belgedir. Yargıtay'a göre, "Tarafların faksından çıkan belge ile ödeme savunması ispatlanabilir"³⁰. Yani, faks cihazından elde edilen kopyanın, bir belge niteliğinde olduğu Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir. Faks metninin bir belge olarak kabul edilmesinin bazı sonuçları vardır. Belge olarak kabul edilen faks metni, senet veya yazılı delil başlangıcı olabilir, faks metni bir delil niteliğindedir, dava sırasında sadece faks metnine dayanılarak karar verilebilir.

İmzasız yazılı metinler de bir belgedir ve yargılama sırasında delil olarak dayanılabilir³¹. Hakim, gerekçe göstermek suretiyle, imzasız faks metnini dikkate alabilmelidir. Aleyhine delil olarak ileri sürülen taraf, fotokopinin ve altındaki imzanın kendisine ait olduğunu açıklamaması durumunda, fotokopi senede eşdeğer kesin bir delil sayılabilir. Yazılı delil başlangıcının maddi unsurunu oluşturan belgeler sınırlı sayıda olmadığından ve fotokopi yazılı delil başlangıcının bir örneğini oluşturduğundan, fotokopi niteliğindeki faks metni, belge olma-

30 Yargıtay kararında şu ifadeler yer verilmiştir: "Taraflar arasındaki davadan dolayı İzmir 1. Asliye Ticaret Mahkemesince verilen 10.10.1997 tarih ve 607-873 sayılı hükmün temyizden tetkiki davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü. Davacı vekili, müvekkilinin davalı şirkete sattığı iş makinesi lastik bedelinin ödenmediği için açtıkları takibe haksız yere itiraz edildiğini ileri sürerek, itirazın iptalini ve inkar tazminatının tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, mal bedelinin teslim anında belgesiz ödendiğini, ancak mal faturası açık kesilince faksla tahsilat makbuzu istenerek getirildiğini savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece toplanan deliller ve yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucuna göre, davacının faksından çıkan belge ile ödeme savunmasının ispatlandığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı davacı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir" (11. HD 02.03.1998, 10712/1264: İzmir BD 1999/Ocak s.110).

31 "Satış sözleşmesi şekle bağlı değildir. Karşılıklı irade beyanlarıyla sözleşme gerçekleşmiş olur. Bu itibarla belgede davacının imzasının bulunması gerekmez. Davacının dayandığı belge satış sözleşmesinin yapıldığını gösteren ve davalı tarafından davacıya verilmiş bulunan bir delil niteliğindedir" (13. HD 10.1.1974, 832/9: YKD 1975/3 s.94-95).

sı nedeniyle yazılı delil başlangıcı kabul edilebilir³². Fotokopi niteliğindeki faks metni, yazı veya yazılı belgenin kendisi değildir. Fakat, ispat hukuku açısından bir belge özelliğindedir. Faks cihazı yoluyla elde edilen fotokopi, normal bir fotokopiden üstün tutulmalıdır. Faks metni, gerekli görülürse diğer delillerle desteklenerek veya tek başına ispat gücü kazanabilmelidir. Faks metni bir ispat aracı olabilir. Çünkü, fotokopi makineleri ile elde edilmiş belgelerden farklı olarak, faks metninin üzerinde, gönderilen tarih, saat, dakika ve faks numarası bellidir.

Tarafın belgeyi, kendi aleyhine delil olması iradesi ile düzenlemesi gerekmez; delil teşkil etme amacına yönelik olsun veya olmasın, yazılı olarak düzenlenmiş olan bir faks metni, belge sayılır. Faks metninin nasıl yazıldığı önemli değildir. Faks metninin, bilgisayar ve yazı makinesi ile veya el yazısıyla veyahut bir kısmı daktilo gibi yazı makinesiyle, bir kısmının el yazısıyla yazılması mümkündür. Faks metni, basılı (matbu) da olabilir. Metin, mürekkepli kalem, tükenmez veya kurşun kalemle yazılabilir.

Faks metni, Türkçe veya yabancı dilde yazılmış olabilir. Yabancı dille yazılmış faks metninin Türkçe tercümesi ile birlikte mahkemeye verilmesi gerekmektedir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.325 uyarınca, yabancı dille yazılmış bir belgeyi mahkemeye ibraz eden tarafın, bunun tercümesini mahkemeye sunması zorunludur. Yabancı dildeki belgeler sürenin işlemesine etki etmeyeceği gibi, dikkate de alınmayabilir. Fakat, bu durum, hukuki dinlenilme hakkını yeterince korumamaktadır. Mahkeme yabancı dildeki bir belgeyi tercüme ettirmesi için süre verir ve bu süre içinde tercüme edilmezse, bu belge o zaman dikkate alınmaz. Yabancı dille yazılmış bir belgeye dayanan taraf, kendisine mahkemece tanınan süre içinde bu belgeyi tercüme ettirmezse, mahkeme bu belgeyi nazara almayacaktır. Mahkemenin yabancı dilde yazılmış bir belgeyi tercüme ettirme zorunluluğu yoktur. Yabancı dille yazılmış belgenin tercümesi taraflara ait olup, mahkemenin tercüme zorunluluğu bulunmamaktadır³³. Hakim veya diğer taraf, verilen tercümeyi kabule değer görmezse, belgenin resmen (bir bilirkişiye) tercüme ettirilmesine karar verilebilir (HUMK m.325)³⁴.

32 Bkz. C.

33 Pekcanitez H.: Hukuki Dinlenilme Hakkı (Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan İzmir 2000 s.753-791 (Pekcanitez-Hukuki Dinlenilme s.782); Pekcanitez H.: Medeni Yargıda Adil Yargılama (İzmir BD 1997/2 s.35-55 (s.51).

34 Kuru/Arslan/Yılmaz s.462; Berkin s.791; Ansay s.288.

E-FAKS METNİNİN MAHKEMEYE İBRAZI

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.180 hükmü, davacının elinde bulunan yazılı deliller (belgeler) içindir³⁵. İlgili hüküm uyarınca, yalnızca örneklerin de dilekçeye eklenerek mahkemeye verilmesi mümkündür. Metnin aslı, gönderen tarafta olursa, davacının, fotokopi niteliğindeki faks metin örneğini mahkemeye vermesi mümkündür. Dava dilekçesinde bu örnek verilmezse; hakim, ilk oturumda, davacıya örneğin verilmesi için on günlük kesin bir süre verecektir. Hakimin uygun görmesiyle, tarafların her biri, daha sonrada yeni delil ibraz edebilirler (HUMK m.75, III, 217, 244, 378)³⁶. Faks metninin, yargılama sırasında da mahkemeye sunulması mümkündür.

Hakim, tahkikat aşamasında nezdindeki belgeler hakkında bilgi vermesi için resmi makamlara doğrudan doğruya başvurabilir³⁷. Faks metninin gerçek ve tüzel kişiler aracılığıyla gönderilmesi mümkündür. Bu nedenle, faks metni resmi makamlarca gönderilmişse, mahkemece, bu konuda bilgi vermesi amacıyla resmi makamlara başvurulabilir. Resmi bir dairede bulunması nedeniyle, belgenin aslını gösteremeyen taraf, onun getirtilmesini isteyebilir (HUMK m.324). Bu nedenle, fotokopi niteliğindeki faks metnine sahip olan taraf, resmi dairede olan faks metninin aslının mahkemeye getirtilmesini isteme hakkına sahiptir. Faks metninin aslı resmi bir dairede olduğu için, aslını mahkemeye veremeyen taraf, aslının ilgili daireden getirtilmesini talep edebilir. Belge mahkemenin yargı çevresi dışında bulunursa, hukuki yardım (istinabe) yoluna başvurularak, yetkili mahkeme aracılığıyla gerekli incelemeler yapılabilir (HUMK m.323, III). Bir taraf, Kanunda sayılan belgeleri, kendi aleyhine olsa bile, mahkemeye vermekle yükümlüdür (HUMK m.326 vd). Mahkemeye verilen dilekçe ve layihalarda dayanılan her türlü belgelerin istek halinde mahkemeye verilmesi zorunludur (HUMK m.326/1). Mahkemeye verilen dilekçe ve layihalarda bildirilen her türlü belgelerin istek halinde, mahkemeye verilmesi zorunludur³⁸. Bu nedenle, dilekçe ve layihada faks belgesinden bahsedilmişse, aslının istek halinde mahkemeye verilmesi gerekir. Hakim, mahkemeye verilmesi istenen faks belgesinin

35 Kuru/Arslan/Yılmaz s.351.

36 HUMK m.180' de yer alan, belgelerin ilk oturumda verilecek on günlük kesin süre içinde verilmesi kuralına rağmen, HUMK m.75 II, 217, 244 ve 378'de yer alan hükümler nedeniyle, HUMK m.180'in nasıl uygulanacağı konusunda bazı sıkıntılar mevcuttur (bkz. Pekcanitez-Yargının Hızlandırılması s.39).

37 Yıldırım-Delillerin Değerlendirilmesi s.111.

38 Kuru/Arslan/Yılmaz s.463.

davanın ispatı için gerekli olduğu kanısına varırsa, o zaman mahkeme, faksın aslını karşı taraftan mahkemeye vermesini ister. Karşı taraf, istenen belgenin elinde olduğunu ikrar ederse (yazılı talebe karşı sükut edilmesi, yani cevap verilmemesi de ikrar sayılır); bu durumda, karşı taraf, belirlenen süre içinde ikrar ettiği belgeyi mahkemeye vermez ve verememesinin nedeninin gerçek bir özüre dayandığını ispat edemezse, mahkeme, fotokopi niteliğindeki faks metni belgesinin aslına uygun olduğunu kabul edebilir.

F- FAKS METİNLERİNİN SENET NİTELİĞİNDE KABUL EDİLİP EDİLEMeyeCEĞİ HUSUSU

Faks metinleri, kopya niteliğine rağmen, yazılı bir belge olduğundan, bu belgelerin senet niteliğinde olup olamayacağı hususunun incelenmesi gerekmektedir. Faks metninin senet niteliğinde kabul edilip edilemeyeceği, senetlerin ne olduğunun belirlenmesine bağlıdır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz senedi tanımlamamıştır. Senet konusunda öğretide bazı tanımlar yapılmıştır. Bu konudaki bazı tanımları şu şekilde belirtmek mümkündür. Senet, hukuki bir işlemi veya bir olayı belgelemek için yazılmış, resmi bir makam tarafından onaylanmış veya kendisine karşı delil oluşturan kimse tarafından imza edilmiş yazıdır³⁹. Senet, bir kişinin vücuda getirdiği (veya getirttiği) ve kendi aleyhine delil teşkil eden yazılı belgedir⁴⁰. Senet, bir beyanın ispatını sağlayacak şekilde, yazı ile dışa vurulmasıdır. Senet, bir kimsenin, kendisinin düzenlediği (veya düzenlettiği) imzalı belgedir⁴¹.

39 Yılmaz-Sözlük s.769 senet kavramı.

40 Kuru/Arslan/Yılmaz s.443; Önen s.240; Pekcanitez-Usul s.331; Kuru-El Kitabı s.433; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s.401; Kuru-Usul C.2 s.2073; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul ve İcra s.118; Bilge/Önen s.554; Berkin s.788; Postacıoğlu s.596; Deliduman S.: Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Noter Senetleri, Ankara 2001 s. 5.

41 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.45; Alangoya s.278; Senet konusunda diğer tanımlar için bkz. Üstündağ s.636-637; Karafakih s.180; bkz. ayrıca, senetle ispat kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki önemi konusunda: Yıldırım M. K., İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1999 s.65 vd.

Senetler, düzenleyen kişilere ve ispat güçlerine göre adi senetler⁴² ve resmi senetler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁴³. Adi senet, genellikle taraflarca düzenlenir. Fakat taraflar, senedi bir başkasına yazdırarak altını imza etmekle de yetinebilirler. Adi senedin geçerli olabilmesi için, senet metninin doğrudan doğruya senet borçlusu tarafından ve onun el yazısıyla yazılması gerekmez. Senet metni yazı makinesiyle veya bir başkasının el yazısıyla da yazılmış olabilir⁴⁴. Senette nelerin bulunması ve senedin şeklinin nasıl olması gerektiği, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda tam olarak belirtilmiş değildir. Senedin yazılı olması gerekir. Senet metninin, belgelendirdiği husus (hukuki işlem) hakkında tam bir bilgiyi içermesi ve senedin altının, senet aleyhine delil teşkil edecek kimse tarafından imza edilmesi gerekir (BK m.13-14)⁴⁵. Senet, senetle yüküm-

42 Adi senetlere; hususi, özel, resmi olmayan (gayriresmi) senetler de denilmektedir (bkz. Kuru-Usul C.2 s.2079; Kuru/Arslan/Yılmaz s.445; Ansay s.296).

43 Bkz. adi ve resmi senetler konusunda: Kuru-Usul C.2 s.2079 vd ve s.2111 vd; Alangoya s.281 vd; Pekcanitez-Usul s.332 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s.403 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul ve İcra s.119 vd; Deliduman s.12 vd; Önen s.240; Kuru-El Kitabı s.434; Bilge/Önen s.556; Üstündağ s.637; Ansay s.296; Karafakih s.181; Postacıoğlu s.597.

44 Önen s.241; Kuru-Usul C.2 s.2080; Ansay s.288; bkz. ayrıca: HUMK m.301.

45 “Mal ve hizmetlerin değişiminin ve sunumunun telekomünikasyon ağlarında yapılması” olarak tanımlanan, “elektronik ticaret” alanında önemli olan unsur “elektronik imza”dır. Bu noktada, “elektronik imza” için hukukumuzda bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu kabul edilmektedir (Alangoya s.280 dn.11a); bkz. ayrıca, elektronik imzanın tanımı ve çeşitleri konusunda: Konuralp-İspat s.55 dn.2. Elektronik senetlerin delil değeri tartışmalıdır. Japon ve Hollanda uygulamasında elektronik doküman ve belgeler ispat hukukunun genel hükümlerine göre değerlendirilmektedir (Pekcanitez-Yargının Hızlandırılması s.57). Almanya’da “elektronik imza” kanunu mevcuttur. Elektronik imza ile yapılabilecek sözleşmeler ve bunlara ilişkin düzenlemeler ayrı bir metinle düzenlenmektedir. Avrupa Birliği’nde de elektronik imzalar konusunda 1999 sonunda bir yönerge kabul edilmiştir: Directive 1999/93/CE 13.12.1999; bkz. ayrıca, elektronik imza ve elektronik ticari işlemler konusunda: Berber L.K., “İmzalıyorum O Halde Varım” Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri (TBBD 2000/2 s.503-556); Krems, S.F., Die Rechtliche Gleichstellung von elektronischen Signaturen mit handschriftlichen Unterschriften im Europäischen Gemeinschaftsrecht und US-amerikanischen Bundesrecht (ZfRV 2001 s.1-9); Blaurock U., Technik und Recht, Neue

lülük altına giren kişi tarafından kendi el yazısıyla imzalanmalıdır. İmza, senet metninden sonra, senedin altına ve tüm senet metnini kapsamına alacak biçimde atılmalıdır⁴⁶. Senedin aleyhine delil teşkil edecek kişinin imzasını, mühürünü veya el ile yapılmış bir işaretini taşıması gerekir⁴⁷. Bir belgede imza veya mühür veya bunların yerini tutacak bir işaret bulunmazsa, o belge senet olma niteliğini kazanamaz⁴⁸. Belgenin altında imza mevcut değilse, bu belgeye senet nazarıyla bakılamaz, o belgenin kendisinden sadır olduğu bizzat o şahıs tarafından mahkeme huzurunda ikrar edilmiş olsa bile böyledir. Bu belge senet niteliğini alamaz⁴⁹. Bir adi senet, senet altında imzası bulunan (senedi vücuda getiren, senet kendisine karşı delil teşkil edecek olan) kimse tarafından ikrar edilirse, o senet kesin delil teşkil eder (m.296, II)⁵⁰. Makine ile yazılmış veya başka bir şahsa onun el yazısı ile yazdırılmış olsa bile, senet, altındaki imza dolayısıyla hukuken geçerlilik kazanır. Delil olarak mahkemeye verilen senedin, el yazısı veya yazı makinesi ile veya yabancı dilde yazılmış olmasının senedin geçerliliğine etkisi yoktur. Senet herhangi bir dilde yazılabilir⁵¹.

Tarafın senet teşkil edecek belgeyi, kendi aleyhine (HUMK m.303; TTK m.82-86 (85) delil olması iradesi ile düzenlemesi gerekmez. Delil teşkil etme amacına yönelik olsun olmasın, yazılı olarak düzenlenmiş olan bir belge senet

Regelungsfragen am Beispiel des elektronischen Zahlungsverkehrs (FS.für Alfred Söllner zum 70.GT München 2000 s.153-174); Thünken A., Die EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs (IPRax 2001 Heft 1 s.15-22).

46 Pekcanitez-USul s.332; Pekcanitez/Atalay/Özekes-USul s.402; Önen s.241; Kuru/Arslan/Yılmaz s.445; Kuru-USul C.2 s.2080; Karafakih s.181-182; Ansay s.288.

47 Kuru-USul C.2 s.2076; Bilge/Önen s.556; Kuru/Arslan/Yılmaz s.443; Kuru-El Kitabı s.433; bkz. ayrıca: Postacıoğlu s.597; Karafakih s.182; karşı HUMK m.304.

48 Bilge/Önen s.556.

49 Postacıoğlu s.597 ve s.597 dn.36.

50 Kuru/Arslan/Yılmaz s.446; Kuru-USul C.2 s.2083-2084.

51 Berkin s.791.

sayılır. Senedin malzemesi ve senet metninin nasıl yazıldığı önemli değildir⁵². Senetteki çıkıntı, ekler ve silintilerin de imza altına alınması veya mühürle onaylanması gerekir. Aksi halde, diğer tarafın inkarı halinde bunlar geçersizdir. Ancak bu gibi çıkıntı, ek ve silintiler senedin sıhhati ve anlamına etki eder nitelikte görülürse senet kısmen veya tamamen hükümsüz sayılabilir⁵³.

Medeni usul hukukunda hukuki işlemlerin ispatında kullanılan senetler, maddi hukuktan farklı olarak bir delil aracıdır. Bir ispat aracı olarak senet, kesin (kanuni) bir delildir. Senet, kesin hükümden sonra gelen en önemli kesin delildir. Bunun nedeni, senet delilinin güvenli ve doğru bir ispat aracı olmasıdır. Senetler kesin delil niteliğinde olup, hakim in senetleri takdir yetkisi bulunmamaktadır. Senetle ispatlanan bir husus gerçek olarak kabul edilir. Senetler, hakimi bağlayıcı özellikte olan belgelerdir⁵⁴.

İspat şekli olarak senet aranan hallerde (HUMK m.288, 290) faks metinleri senet olmadıkları için hukuki işlemin ispatı konusunda yeterli olmayacaktır⁵⁵. Faks metinleri, fotokopi özelliğinde olduğundan, kural olarak senet niteliğinde kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü, düzenleyenin el ile atılmış imzasını taşımadığı için, fotokopi senet sayılmaz. Fotokopi, yazı demek olmadığından senet sayılmaz⁵⁶. Yargıtay'ın ceza hukukuna ilişkin fotokopi konusundaki kararlarına göre, usulüne göre onaylanarak aslı gibi olduğu belgelendirilmeyen fotokopiler delil olarak kullanılamaz⁵⁷. İcra hukukunda fotokopi ve faks metni

52 Kuru-Usul C.2 s.2075; Alangoya s.279; Bilge/Önen s.556; Deliduman s.8-9; Üstündağ s.637; Ansay s.287.

53 Bilge/Önen s.556-557; Alangoya s.279-280; Berkin s.791; Karafakih s.181.

54 Önen s.240 ve s.245; Kuru/Arslan/Yılmaz s.444; Kuru-El Kitabı s.433; Deliduman s.10-11; Ansay s.286; Özmen s.78.

55 Özmen s.79.

56 Kuru-Usul C.2 s.2076 ve s.2081; Pekcanitez-Usul s.331; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s.402; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul ve İcra s.118; Postacıoğlu s.597; b.kz. ayrıca: TD 12.3.1963, 3913/1399 (Kuru-Usul C.2 s.2076 dn.12).

57 “Sahteciliğin maddi konusunu oluşturan ve aslı elde edilmeyen belgenin aslına uygun olduğuna ilişkin onayının bulunmadığı ve bu durumuyla hukuksal sonuç doğurmayacağı gözetilmeden hükümlülük kararı verilmesi...bozmayı gerektirmiştir” (6. CD 3.11.1988, 7928/11809-S: Öztürk B.: Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhakemesi Hukukundaki Değeri, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan,

senet olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle, senedin aslını ibraz edemeyen alacaklının tetkik merciine verdiği fotokopi borçlu tarafından kabul edilmezse, tetkik merci senedin fotokopisine dayanarak itirazın kaldırılmasına karar veremez⁵⁸.

Senet metni, senet aleyhine olan kişi tarafından el ile yazılmış olsa bile, belge altında kendisinin aleyhine olan kişinin imzası yoksa, böyle bir belge senet sayılmaz⁵⁹. Faks metninde imzanın bulunmaması, belgenin senet olarak kabul edilmemesi sonucunu doğurur. İmzasız yazılı metinler bir belgedir ve yargılama sırasında buna delil olarak dayanılabilir⁶⁰. İmzasız faks metni senet niteliğinde değildir. Fakat, imzasız faks metni bir belge özelliği taşıdığından, davada delil olarak dikkate alınabilir.

Faks cihazı ile gönderilen metinler altında imza taşımaları halinde, bu imza asıl olmayıp, fotokopi olması nedeniyle senet olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁶¹. Faks belgesi, ayrıca imzalanmadığı takdirde senet sayılmaz⁶². Faks belgesinin, el yazısı ile yazılmış bir imza taşınması halinde senet olarak kabulü mümkün olabilir. Aleyhine ibraz edilen taraf fotokopinin ve altındaki imzanın doğru (kendisine ait) olduğunu bildirirse (kabul ederse), artık böyle bir fotokopi

İzmir 2000 s.219-233 (s.231 dn.31). “Suça konu senet asılları celbedilip, incelemenin bunlar üzerinde yaptırılması gerektiği gözetilmeden fotokopi belgeler üzerinde yapılan inceleme ile yetinilerek yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir” (6. CD 23.1.1997, 74/351: Öztürk s.231 dn.32).

58 Kuru B./Arslan R./Yılmaz E.: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 1998 s.152. Yargıtay’a göre, senet fotokopisi üzerinde imza incelemesi yaptırılmaz (12. HD 27.9.1993, 9810/14141: Uyar T., İcra ve İflas Kanunu, C.IV, İzmir 1997 s.5493). İmzaya itirazın kaldırılması isteminin incelenmesinde, senet fotokopisi üzerinde imza incelemesi yapılması yeterli görülmemektedir (12. HD 5.10.1982, 6521/6846: Konuralp Yazılı Delil Başlangıcı s.56 dn.61).

59 Kuru-Usul C.2 s.2081; Deliduman s.7.

60 “Satış sözleşmesi şekle bağlı değildir. Karşılıklı irade beyanlarıyla sözleşme gerçekleşmiş olur. Bu itibarla belgede davacının imzasını bulunması gerekmez. Davacının dayandığı belge satış sözleşmesinin yapıldığını gösteren ve davalı tarafından davacıya verilmiş bulunan bir delil niteliğindedir” (13. HD 10.1.1974, 832/9: YKD 1975/3 s.94-95).

61 Özmen s.78.

62 Pekcanitez-Usul s.331; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s.402.

senet (kesin delil) sayılır⁶³. İbraz edilen faks metni asıl senedin fotokopisi niteliğinde ise, karşı tarafça ikrar edilmesi halinde ortada kesin delil olarak senet söz konusu olur. Bu husus, faks metninin senet sayılmasından değil, aslının başka bir kesin delil olan ikrar ile kabul edilmesinden doğmaktadır. Bu halde, belgenin yazılı delil başlangıcı niteliğinin tartışılmasına gerek yoktur⁶⁴. Herhangi bir yazıyı içeren belgeler, belirli bir hukuki işlemin ispatı bakımından senet sayılması yorsa yazılı delil başlangıcının maddi unsurunu oluşturabilirler⁶⁵.

G- FAKS METİNLERİNİN YAZILI DELİL BAŞLANGICI OLARAK KABULÜNÜN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI HUSUSU

Senetle ispat zorunluluğunun bazı istisnaları bulunmaktadır (HUMK m.292-294). Bu istisnalardan biri de, yazılı delil başlangıcıdır⁶⁶. Yazılı delil başlangıcı: Dava konusunun tamamen ispat edilmesine yetmemekle birlikte, böyle bir olayın olduğunu gösteren ve kendisine karşı gösterilmiş bulunan evrak ve belgelerdir. Yazılı delil başlangıcı için, el ile yazılmış ve imzalanmamış bir belgenin bulunması, bunun aleyhine gösterilen taraftan çıkmış (sadır) olması ve iddia edilen olayı inanılır durumda göstermesi gerekir⁶⁷. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.292 hükmünün birinci fıkrasında: “Senetle ispatı lazım gelen hususlarda tahriri bir mukaddimei beyyine mevcut olursa şahit istimai caizdir” denmektedir. İlgili maddenin ikinci fıkrasında ise, yazılı delil başlangıcının tanımı şu şekilde yapılmıştır: “Mukadimei beyyine müddeabihin tamamen sübutuna kâfi olmamakla beraber bunun vukuuna delâlet eden ve aleyhine ibraz edilmiş olan taraf canibinden verilen evrak ve vesaihtir”. Yazılı delil başlangıcı, uyumsuzluk halinde aleyhine ileri sürülen taraftan doğmuş ve dava konusu olayların tamamen ispatına yetmemekle beraber, gerçekleştiğine işaret eden her türlü

63 Kuru-Usul C.2 s.2076; Lozan Kanton Mahkemesi 20.8.1975 (BISchK 1979/4 s.101-102).

64 Özmen s.81.

65 Konuralp-İspat s.39.

66 Yazılı delil başlangıcı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz: Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.1 vd.

67 Yazılı delil başlangıcı, “tahriri mukaddimei beyyine” “yazılı beyyine başlangıcı”, “tahriri beyyine başlangıcı” olarak da adlandırılmaktadır (bkz. Yılmaz-Sözlük s.943 yazılı delil başlangıcı ve yazılı beyyine başlangıcı kavramlarına ve Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.22).

yazılı belgedir. Yazılı delil başlangıcı, iddianın⁶⁸ tamamen ispatına yetmemekle beraber, bunun vukuuna delalet eden ve aleyhine ibraz edilmiş olan taraftan sadır olmuş bulunan belgelerdir (HUMK m.292, II). Yazılı delil başlangıcı yalnızca hukuki işlemlerin ispatında söz konusu olur ve senetle ispat zorunluluğu bulunan hallerde hakimın takdirine bağlı olarak tanık dinlenebilmesini mümkün kılar⁶⁹.

Bir belgenin yazılı delil başlangıcı sayılabilmesi için üç unsurun varlığı birlikte bulunmalıdır (gerçekleşmelidir). Bu unsurları şu şekilde belirtmek mümkündür:

1- Yazılı bir belge bulunmalıdır.

2- Belgenin, aleyhine ileri sürülen tarafından verilmiş olması gerekir. Yazılı belge, aleyhine ileri sürülen tarafça düzenlenmiş olmalıdır. Yazılı delil başlangıcı olan belgenin mutlaka karşı tarafa yöneltilmiş bir irade açıklamasını taşıyan bir belge olması gerekli değildir.

3- Üçüncü olarak inandırıcılık unsuru bulunmalıdır. Belge hukuki işlemin vukuuna delalet etmelidir. Bu yazılı belge, varlığı iddia edilen hukuki işlemi tam olarak ispata yeterli olmamakla beraber, o hukuki işlemin varlığını göstermelidir. İddia edilen vakıayı kesin olarak değil, fakat inanılabilir bir halde göstermelidir. Yazılı delil başlangıcı, senetten farklı olarak ispatı istenen hukuki işlemin varlığı hakkında tam bir kanaat edinilmesine elverişli olmasa da, iddia edilen işlem hakkında az da olsa yeterli bilgiyi içermelidir⁷⁰.

Gerçekte bir tek yazılı delil başlangıcı yoktur. Kanunun öngördüğü unsurları taşıyan çeşitli belgeler vardır. Çeşitli belgeler, kağıtlar ve diğer ispat araçları, kanunun öngördüğü esaslara uygun oldukları ölçüde, yazılı delil başlangıcı

68 HUMK m.292, II'de "müddeabihin" denilmekte ise de, bunu (kaynak Fransız Medeni Kanununun 1347.maddesinde olduğu gibi) "iddianın" şeklinde anlamak gerekir (Kuru-Usul C.2 s.2289 dn.658; Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.120; Yaşar Karayalçın, Ticari Senetler, 4.baskı, Ankara 1970 s. 325 dn.74).

69 Kuru/Arslan/Yılmaz s.474-475; Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.2 ve s.34; Özmen s.79.

70 Kuru/Arslan/Yılmaz s.474-475; Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.40-41; Konuralp-İspat s.39; Kuru-Usul C.2 s.2290-2291; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s.413; Bilge/Önen s.567; Alangoya s.340; Kuru-El Kitabı s.455-456; Üstündağ s.676-678; Ansay s.295; Berkin s.800.

oluşturabilir⁷¹. Faks metinleri fotokopi niteliği dolayısıyla yazılı delil başlangıcı oluşturması mümkündür. Faks metninin yazılı delil başlangıcı oluşturduğu durumlarda, yargılama sırasında bazı delillere başvurulması mümkündür⁷².

H- FAKS METNİNİN EL YAZISI veya MAKİNE İLE YAZILMIŞ OLMASI

El yazısı veya imza, yazılı delil başlangıcı niteliği açısından bir zorunluluktur. Çünkü, bu unsurlardan birinin dahi bulunmaması, objektif bir karşılaştırma yapabilmeyi ortadan kaldırır. Bu halde ise, belge ile kişi arasında bir bağlantı kurulamaz. İmza ve el yazının birlikte bulunması gerekli değildir. Bunlardan birinin varlığı yeterlidir. Çünkü, imza ve yazının bir arada bulunması, çoğunlukla kesin bir delil olan senedi oluşturur. Bu nedenle, el ile yazılmış, fakat imzasız olan belgeler yazılı delil başlangıcı sayılabilir⁷³. Yazılı delil başlangıcı için, belgenin yazı unsurunu gerçekleştirmesi gerekir. Belge, karşı tarafça, yalnızca kaleme alınmış ise, bu bir senet olamaz. Fakat, yazılı delil başlangıcı olabilir. Çünkü, bu belge bir yazı olmasından dolayı, inkar halinde objektif yazı karşılaştırması yapılarak o belgenin hasımdan sadır olup olmadığını belirlemek mümkündür⁷⁴. Aleyhine delil olarak kullanılan kişinin el yazısı ile yazılmış ve onun imzasını taşıyan faks metinleri, yazılı delil başlangıcı kabul edilmelidir. El ile yazılmış, fakat imza taşımayan faks metinleri, el yazısının aleyhine delil oluşturduğu kişiye aidiyetini, yazı karşılaştırması yoluyla belirlemek mümkün olduğundan, yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilebilir. Makine ile yazılmış faks metni, aleyhine delil oluşturduğu kişinin imzasını taşıyor ise, yazılı delil başlangıcı sayılmalıdır. Yazı makinesi ile yazılmış ancak imza atılmamış olmakla birlikte paraflanmış belgenin yazılı delil başlangıcı olabileceği kabul edilmektedir⁷⁵. Yazı makinesi ile yazılmış, ancak imza atılmamış olan belgede karşı tarafın el ile yapmış (yazmış) olduğu çıkıntılar varsa, böyle bir belgenin tamamı

71 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.40 ve s.159.

72 Bkz. C ve L.

73 Kuru/Arslan/Yılmaz s.445; Kuru-Usul C.2 s.2076; Berkin s.801; Karafakih s.182.

74 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.111; Bilge/Önen s.567; Kuru-Usul C.2 s.2291; Kuru/Arslan/Yılmaz s.474; Kuru-El Kitabı s.456; Önen s.249; Postacioğlu s.614; HGK 9.6.1993, 1/109-436 (TBBD 1994/2 s.315-317).

75 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.111-112; Alangoya s.340; Kuru-Usul C.2 s.2293-2294; Kuru/Arslan/Yılmaz s.475.

yazılı delil başlangıcı sayılabilir⁷⁶. Yazı makinesi ile yazılmış olmasına rağmen, imza, paraf veya el yazısı ile çıkıntıları içeren faks metni yazılı delil başlangıcı özelliğindedir.

I- FAKS METNİNİN İMZALI, İMZASIZ veya PARAF EDİLMİŞ OLMASI

Faks metninin imzalı veya imzasız olması mümkündür. Yargıtay'a göre, bir belgenin fotokopisindeki imza (yani imzanın fotokopisi) açık ve seçik ise, yazılı delil başlangıcına esas alınabilir⁷⁷. Faks metni de, fotokopi niteliğinde olduğundan, metindeki imza yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilebilir. İmzasız basılı (matbu) yazılar yazılı delil başlangıcı olmaz. Çünkü, inkar halinde yazı incelemesinin gerçekleştirilmesi mümkün olmayacaktır⁷⁸. Buna göre, yazı makinesi ile yazılmış ve imza taşımayan faks metinleri hukuki açıdan en zayıf durumdadır. Fakat, bu nitelikteki faks metninin de yargılama sırasında dikkate alınması mümkün olabilir. Çünkü, faks metninden, gönderilen faks numarasını ve tarihini belirlemek mümkündür. Yazı makinesi ile yazılmasına rağmen, metinde, bazı kısımlar el yazısı ile yazılmışsa, bu halde faks metinleri yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmelidir. Çünkü, el yazılarının, faks metni aleyhine olan kişi tarafından yazılıp yazılmadığı, yazı karşılaştırması yoluyla belirlenebilir. Makine ile yazılmış ve imza taşımayan faks metni, inkar edilmesi halinde aleyhine delil oluşturan kişiye ait faks cihazı ile gönderilmemişse, artık yazılı delil başlangıcından söz edilemez. Çünkü artık bu durumda söz konusu belgenin borçluya aidiyetini belirleyecek hiçbir belirti bulunmamaktadır. Fotokopi makineleri ile elde edilmiş belgelerden farklı olarak, faks metni ibraz eden taraf gönderim (teyit) raporu olarak sunulan belgelerle, o belgenin karşı taraftan sadır olup olmadığını gerçeğe yakın olarak belirleyebilir. Herhangi bir makine ile yazılmış ve imzasız metin, aleyhine delil olarak kullanıldığı kişinin adına kayıtlı faks cihazı ile gönderilmişse yazılı delil başlangıcı sayılmalıdır. Çünkü, telefon hattına bağlı olarak çalışan faks cihazını, adına kayıtlı olarak bulunduran ve çalıştıran kimse, bu kullanımı ile dışa karşı bir görünüm oluşturmaktadır. Bu cihaz ile çekilmiş faks metninin kendisi veya yetkili temsilcisi tarafından çekilmediği iddiasında bulunma hakkına sahip ise de, cihazın bu şekilde gereksiz ve kendi adına kullanımını önlemek yolunda özen göstermek zorundadır. Ayrıca, faks cihazının hileli ve sahibi adına ona zarar verecek şekilde kullanılarak karşı

76 Kuru-Usul C.2 s.2294 ve s.2294 dn.671; Kuru/Arslan/Yılmaz s.475; Alangoya s.340; Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.83.

77 13. HD 17.11.1981, 6777/7320 (Yasa HD 1982/4 s.607-608).

78 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.112.

tarafa faks gönderildiği iddiası günlük yaşam tecrübelerine pek uygun düşmektedir⁷⁹.

İmza yerine paraf taşıyan belgeler, yazılı delil başlangıcı olabilir. Paraf: İmzanın kısaltılmış biçimidir; bir yazının görüldüğünü, işlem gördüğünü veya o yazıdan haberdar olduğunu gösteren kısaltılmış imzadır⁸⁰. Yazı makinesi ile yazılmış ancak imza atılmamış olmakla birlikte paraflanmış belge yazılı delil başlangıcı olabilir⁸¹. Çünkü, paraf, el yazısı olması nedeniyle, yazı karşılaştırması ile kime ait olduğu belirlenebilir⁸². Bu nedenlerle, faks metinleri paraf içermekte ise, yazılı delil başlangıcı sayılması mümkündür.

İ-FAKS METNİNİN KOMŞU OLAYLARI GÖSTERMESİ

Yazılı delil başlangıcı sayılabilen belgeler, bazen ispatı söz konusu olan bir hukuki işlemin unsurlarının bir kısmının varlığını gösterirler. Yazılı delil başlangıcı olarak ileri sürülen bir belgenin, doğrudan doğruya uyumsuzluk konusu vakıayı veya onun bir unsurunu değil de, buna komşu olan başka vakıaları göstermek suretiyle, gerçeğe yakınlık unsurunu oluşturması mümkündür⁸³. Faks metninin yazılı delil başlangıcı sayılması hususunda, faks metninin mutlaka lehine delil oluşturduğu kişiye gönderilmiş olma zorunluluğu aranmamalıdır. Buna göre faks metninden lehine delil olarak yararlanan taraf, faks metnini gönderen tarafın, dava ile ilgisi olmayan bir kişiye gönderdiği metni yazılı delil başlangıcı olarak mahkemeye verebilecektir. Örneğin, davacı davalının inkar ettiği satış sözleşmesinin ispatı konusunda, davalının başka bir kişiye gönderdiği ve bu kişiyle yaptığı ödünç sözleşmesinden doğan borcunu davacı ile yaptığı uyumsuzluk konusu satış sözleşmesinden elde edeceği bedel ile ödeyeceğine ilişkin faks metninden davada yararlanabilmesi gerekir⁸⁴.

79 Özmen s.82-83.

80 Yılmaz-Sözlük s.699 paraf kavramı.

81 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.111-112; Alangoya s.340; Kuru-Usul C.2 s.2293-2294; Kuru/Arslan/Yılmaz s.475.

82 Bkz. Yılmaz-Sözlük s.943 yazılı delil başlangıcı ve yazılı beyine başlangıcı kavramlarına; Pekcanitez-Usul s.332 ve s.341; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s.402; Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.112; Kuru-El Kitabı s.456; Kuru/Arslan/Yılmaz s.475; Kuru-Usul C.2 s.2293; Bilge/Önen s.567; Berkin s.801; Postacıoğlu s.597 ve s.614.

83 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.124-125 ve s.127-130.

84 Özmen s.81.

J- FAKS METNİNDEKİ YAZI ve İMZANIN İNKARI

Yazılı delil başlangıcının kendisinden kaynaklandığı ileri sürülen kişi, yazıyı, imzayı (parafı) inkar edecek olursa, belgenin o kimseden kaynaklanıp kaynaklanmadığı konusu mahkemece araştırılmalıdır. Yargıtay'a göre, "Belgedeki yazıların davacının eli mahsulü olup olmadığı başka bir deyimle delil başlangıcı niteliğinde bulunup bulunmadığı davacının isticvabı suretiyle ve gerektiğinde istiktap edilerek bilirkişi aracılığı ile saptanmalıdır"⁸⁵. Yine, Yargıtay'a göre, senet fotokopisinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 292. maddesi anlamında delil başlangıcı sayılabilmesi, her şeyden önce imzanın davacının elinden çıktığının tespit edilmesine bağlıdır. İmzanın davacının elinden çıkıp çıkmadığı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.308 ve devamı uyarınca araştırılmalıdır⁸⁶.

Yazılı delil başlangıcının varlığında, tanık, resen yemin gibi delillere başvurabilen hakim, uyumsuzluk konusu olayın niteliği ile bağdaştığı ölçüde, imzanın ve el yazısının inkarı halinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.308-313 hükümleri uyarınca yazının veya imzanın karşı tarafa ait olup olmadığını araştırabilmelidir. Senetlerin sahteliğine ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.308 ve devamı hükümleri, aslına uygun olmadığı iddiası halinde, fotokopiler hakkında da uygulanmalıdır⁸⁷. Bu nedenle, faks metnindeki imza, el yazısı, paraf veya el yazıları aleyhine delil oluşturduğu kişi tarafından inkar edilecek olursa, senetlerin sahteliğine ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 308 ve devamı hükümlerinin faks metinlerinin ve metindeki imza ve parafın inkarı halinde de kıyasen uygulanması yerinde olacaktır. Bunun üzerine hakim, faks metninin, o kişi tarafından düzenlenip düzenlenmediğini araştırır. Bu halde, mahkemenin araştırma yaparak faks metnindeki imzanın gerçekten davalıya ait olup olmadığını belirlemesi gerekir. Bu araştırma ve incelemenin sırası ve şekli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.308-313'te düzenlenmiştir⁸⁸.

85 15. HD 27.3.1981, 565/650 (YKD 1981/12 s.1587-1589).

86 13. HD 17.11.1981, 6777/7320 (Yasa HD 1982/4 s.607-608; Alangoya s.340; Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.114 dn.27).

87 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.56 ve s.112.

88 Bkz. imza inkarı halinde HUMK m.308-313 uyarınca, yapılması gereken araştırma ve incelemenin sırası ve şekli hakkında: Kuru/Arslan/Yılmaz s.446; Pekcanitez-Usul s.336-337; Kuru-Usul C.2 s.2085 vd; Kuru-El Kitabı s.435 vd; Alangoya s.282 vd; Önen s.245-246; Postacıoğlu s.604 vd. Yargıtay m.308 ve devamındaki sıraya aykırılığı bir bozma sebebi olarak kabul

K- FAKS METNİNİN TEMSİLCİ veya ÜÇÜNCÜ KİŞİ TARAFINDAN YAZILMASI ve GÖNDERİLMESİ

Bir kimsenin temsilcisi tarafından yazılmış olan yazılı belgeler, o kimseden sadır olmuş sayılır ve o kimseye karşı yazılı delil başlangıcı olabilir. Kendisine yazı isnat edilen kimsenin dikte ettirmesi üzerine biri tarafından yazılmış olan yazı o kimsenin eseridir. Bir kimsenin önünde veya onun isteğiyle başkası tarafından onun için yazılmış olan yazı o kimseden sadır olmuş sayılır. Bir kimsenin temsilcisinden kaynaklanan bir yazı temsil olunan aleyhine yazılı delil başlangıcı oluşturur. İrادی temsilci veya kanuni temsilcinin yazısı temsil olunana karşı hukuken yazılı delil başlangıcı sayılabilir. Temsilcinin veya vekilin yazısı temsil yetkisinin sınırları içinde, temsil olunan kişiye karşı yazılı delil başlangıcı oluşturabilir. Maddi hukuk bakımından temsil ettiği kişi açısından sonuç doğrucu işlemler yapabilen kişi, ispat hukuku açısından da aynı yetkilere sahiptir⁸⁹.

Kanuni veya iradi temsilci tarafından, temsil yetkisinin sınırları içinde alınarak yazılan faks metinleri, yazılı delil başlangıcı oluşturabilir. Bu şekildeki faks metinleri, temsil olunan kişiyi hukuken bağlayıcı olmalıdır.

Senet metninin, senet kendisine karşı delil teşkil edecek kişi tarafından yazılmış olması gerekli değildir; senedin o kişinin imzasını taşıması yeterlidir⁹⁰. Üçüncü kişiden kaynaklanan bir yazının iki taraf arasındaki uyumsuzlukta kural olarak bir delil değeri yoktur. Bir kimse, üçüncü bir kişiden sadır olan bir yazının içeriğini açık veya zımni bir onama ile benimserse, böyle bir yazı, kendisine karşı yazılı delil başlangıcı teşkil eder. Fakat, zımni bir kabulün varlığı hakim tarafından ihtiyatlı bir şekilde ele alınmalıdır. Bir kimsenin üçüncü bir kişiye yazdırdığı (dikte ettiği) yazılar da, yazdıran kişi aleyhine yazılı delil başlangıcı oluşturabilir. Çünkü, bu halde yazıyı yazan üçüncü kişi olmakla beraber, yazıdaki açıklamaların gerçek sahibi yazan değil, yazdıran kişidir. Dikte edilmiş bir yazı söz konusu olduğu zaman, bu yazı (yazdıran kişiye ilişkin imza, paraf gibi başkaca bir belirti taşııyorsa) yazdıran kişiden sadır olmuş sayılmalıdır. Başkasının kaleme aldığı yazı, o kimsenin maddi eseri değildir. Böyle bir hususun

etmektedir (HGK 1.12.1993, 545/750: Alangoya s.283-284 dn.16-17); bkz. ayrıca: Önen s.246 dn37. Uygulamaya elverişli imza araştırılmadan istiktaba başvurulması ve buna göre karar verilmesi halinde, Yargıtay usul kurallarına aykırılıktan dolayı hükmü bozmaktadır (Postacıoğlu s.606 dn.3).

89 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.118-119; Bilge/Önen s.568; Ansay s.287,295.

90 Kuru-Usul C.2 s.2082.

varlığı da, yazılı delil başlangıcı sayılabilmektedir⁹¹. Bu nedenle, bir kimsenin huzurunda olsun olmasın, istek üzerine üçüncü kişiler tarafından yazılan ve gönderilen faks metinleri de yazılı delil başlangıcı kabul edilmelidir. Üçüncü kişi tarafından yazılmış ve fakat aleyhine delil olarak kullanılacak olan kişinin herhangi bir şekilde isteğinin, iradesinin ve ilgisinin bulunmadığı faks metni yazılı delil başlangıcı sayılmamalıdır. Posta Telefon Telgraf İşletmesi yoluyla gönderilmiş faks metni karşılığında, bu idarece verilen gönderim raporlarında alıcının ve gönderenin açık kimliğine yer verilmiş ise yazılı delil başlangıcının varlığını kabul etmek yerinde olacaktır.

L- FAKS METNİNİN VARLIĞINDA BAŞVURULABİLECEK DELİLLER

Faks metninin, yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilebileceği hallerde, yargılama sırasında bazı delillere başvurulması mümkündür. Yazılı delil başlangıcı varsa, kesin delillerle ispat zorunluluğu yoktur. Takdiri delillerle ispat geçerlidir ve hakim in delilleri takdir yetkisi söz konusudur. Yazılı delil başlangıcında, tanık dinlenebilir. Davada, tanık beyanı dışındaki diğer takdiri delillerde geçerlidir. Yazılı delil başlangıcı tam bir delil değildir ve çoğu kez başka delillerle doğrulandığında ispat gücü kazanır. Yazılı delil başlangıcı sayılan belge, başlı başına takdiri bir delil haline gelmektedir. Yani, yazılı delil başlangıcı takdiri bir delildir. Hakimin kanaatini kesin kurullarla sınırlamak mümkün değildir. Hakim, yazılı delil başlangıcının inandırıcılık unsurunu serbestçe değerlendirebilir. Faks metninin delil niteliğinde olup olmadığı, hakim in takdirine bırakılmalıdır. Hakim, her olayda yazılı delil başlangıcının ispat gücünü ayrı ayrı araştırması gerektiğinden⁹², faks metninin el yazısı veya makine ile yazılmasına veya imzalı olup olmamasına göre, metnin ispat gücünü takdir edebilmelidir. Yazılı delil başlangıcının varlığında, yazılı delil başlangıcı+tanık beyanı+resen yemin veya yazılı delil başlangıcı+tanık beyanı veya yazılı delil başlangıcı+resen yemin gibi deliller yanında, yalnız yazılı delil başlangıcı ile de yetinilmesi mümkündür. Yazılı delil başlangıcı ile ispat açısından tanık beyanı ve/veya resen yemin teklifi zorunlu unsurlar değildir. Yazılı delil başlangıcı olarak nitelenen bir belge, ispatı söz konusu hukuki işlemin unsurlarını ikna edici bir biçimde doğruluyorsa bu takdirde tanık beyanına başvurmak zorunlu olmamalıdır. Tanık beyanına ancak o konuda bir tanık varsa başvurulabilir. Tanık beyanı ile yeterli kanaate ulaşılması halinde, resen yemin yoluna gidilebi-

91 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.16, s.94 ve s.119.

92 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.2, s.35, s.47, s.119, s.121-122, s.137; Postacıoğlu s.613.

lir⁹³. Faks metinleri konusunda, metin dikkate alınarak, tanık ve resen yemine başvurulması yanında, sadece tanık veya resen yemin delili ile de karar verilebilir. Tanığın bulunmaması halinde, resen yemin deliline başvurulabilir. Tanık ve resen yemine başvurulmadan, faks metnine dayanarak karar verilmesi mümkündür.

İmzasız belgenin yazılı delil başlangıcı kabul edilebilmesi için davacının eli ürünü olması, yani onun tarafından yazılmış bulunması gerekmektedir. Bu halde, belgedeki yazıların delil başlangıcı niteliğinde bulunup bulunmadığı davacının isticvabı yoluyla ve gerektiğinde istiktap edilerek bilirkişi aracılığı ile belirlenmeli, yazılı delil başlangıcı kabul edildiği takdirde tanık dinlenmelidir. Belgenin yazılı delil başlangıcı sayılmaması halinde, tanık deliline başvurulamaz. Bu halde, yemin teklif edilebilir⁹⁴. El yazısını içeren faks metinlerinin varlığında, isticvaba, istiktapa ve bilirkişiye başvurulması mümkündür. Yazı makinesi ile yazılmış faks metinlerinde, hakim faks cihazları konusunda özel ve teknik bilgisi yok ise, bilirkişiye başvurulabilir.

Yazılı delil başlangıcı, senetle ispat zorunluluğuna ilişkin birinci ana kuralın (HUMK m.288) ve senede karşı senetle ispat hakkındaki ikinci ana kuralın (m.290) istisnalarından biridir. Bir hukuki işlem hakkında, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.292, II'deki unsurlara uygun bir yazılı delil başlangıcı varsa, hakim, yazılı delil başlangıcını güçlendirmek için, o hukuki işlem hakkında tanık dinleyebilir. Yazılı delil başlangıcı incelendikten sonra tanık gösterilmesi mümkün olmalıdır. Hakim, bu halde yazılı delil başlangıcı ve tanık ifadelerine ve diğer takdiri delillere göre bir karar verecektir. Yazılı delil başlangıcı ile ispat hususunun tamamlanması için, resen yemin teklif edilmesi zorunlu bir unsur değildir. Yazılı delil başlangıcı ve varsa bunu destekleyen tanık beyanları ile ispat edilmek istenen bir hukuki işlem hakkında, hakim yeterli bir kanaate varmışsa, resen yemin teklif yoluna gidilmesi gerekmez. Söz konusu delillerle yeterli bir kanaate varılmamışsa, bu durumda resen yemin teklifi söz konusu olabilecektir. Hakim, yazılı delil başlangıcı ve bu nedenle dinlediği tanıkların ifadeleriyle de yetinmeyerek, kanaatini kuvvetlendirmek için, yazılı delil başlangıcı sahibine kendiliğinden (re'sen) yemin (HUMK m.355 vd) de teklif edebilir. Hakim, ileri sürülen bir belgenin yazılı delil başlangıcı sayılmayacağını belirlemişse veya dinlenen tanık beyanlarını, iddianın ispatı açısından yeterli bulmuyorsa iddiayı ispat edilememiş saymalıdır. Resen yemin ancak yargılamanın sonunda teklif

93 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.144 vd.

94 15. HD 27.3.1981, 565/650 (YKD 1981/12 s.1587-1589).

edilebilir (HUMK m.359). Yeminin yerine getirilmesi durumunda, hakim, o taraf yararına karar verir (kesin delil)⁹⁵.

Bir yazılı delil başlangıcının varlığı halinde, tanık dinlenebileceği, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.292'de hükme bağlandığı halde, tamamlayıcı yemin verilmesi konusu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.355-356'da düzenlenmiştir. Yazılı delil başlangıcının varlığı halinde, hakimin resen yemin teklif edebileceği Kanunda açıkça düzenlenmiş değildir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.292 açısından resen yemin verilmesi zorunlu değildir. Resen (kendiliğinden, tamamlayıcı) yemin teklifi unsurlarını düzenleyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.356 hükmünün incelenmesiyle yazılı delil başlangıcına ilişkin bir sonuca varılabilmektedir. Resen yemin teklif edilebilecek hallerden biri de bir yazılı delil başlangıcının var olması, ancak bununla ileri sürülen iddianın tam anlamıyla ispat edilememesidir. Hakimin yemin teklif edebilmesi için, Kanun (HUMK m.356) iki unsurun gerçekleşmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu unsurları şu şekilde sıralamak mümkündür: 1-İddia olunan hususun kesin delillerle ispat edilememiş olması, 2-İddia olunan hususun ispatı için gösterilen delillerin hüküm verebilecek derecede hakimi ikna edememesi gerekir. Öğreti ve Yargıtay kararlarında esas olarak kabul edilen görüş, her iki unsurun birlikte bulunması doğrultusundadır. Yemin teklifi, taraflardan yalnızca birine yapılır. Yemin, ispat yükü kendisine düşen ve haklılığını gerçeğe yakın şekilde ispat etmiş ve fakat hakimde tam kanaat oluşturmamış olan tarafa verilmelidir. Hakimin teklif ettiği yemin, o taraf lehine bir usule ilişkin kazanılmış hak doğurur ve bu nedenle, bu karardan rücu edilemez. Yemin teklif olunan kişi yemin ederse bu yemin ile hakim bağlıdır. Yani, yemin konusu sabit olmuş sayılır ve artık o konuda başka bir delil gösterilemeyeceği gibi, hakim de başka delil araştıramaz ve edilen yemin çerçevesinde karar vermek zorundadır. Mevcut hükümler çerçevesinde taraf yemini ile hakim tarafından teklif edilen (tamamlayıcı) yemin arasında bir fark yoktur ve her ikisi de kesin delildir. Hakimin yemin teklif ettiği taraf, yemini kabul eder ve yemini eda ederse, artık o konu kesin delille ispat edilmiş sayılır ve o doğrultuda karar verilir. Yemin ispat yükü kendisine düşüp de iddia-

95 Yılmaz-Yemin s.163 vd; Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.149 vd; Konuralp-İspat s.38 vd; Önen s.250; Kuru/Arslan/Yılmaz s.475; Bilge/Önen s.568; Kuru-Usul C.2 s.2313-2314; Pekcanitez-Usul s.340-341; Pekcanitez/Atalay/Özekes-Usul s.412-413; Kuru-El Kitabı s.458; Alangoya s.342; Karafakih s.197; Postacıoğlu s.613; Ansay s.295. "Takdiri bir delil olan yazılı delil başlangıcı başka delillerle takviye ve doğrulanmak suretiyle ilişkin olduğu vakianın ispatını sağlayacaktır" (16. HD 24.12.1996, 5110/6056: YKD 1997/8 s.1271).

sını tam olarak ispat edememiş tarafa teklif edilirse, o tarafın yemin etmemesi, iddiasını ispat edememesi (ve davasının reddi) sonucuna yol açacaktır⁹⁶.

M-HAKİMİN FAKS METİNLERİNİ DEĞERLENDİRMESİ

Delil, uyumsuzluğa neden olan fiili veya hukuki olgunun, olduğuna veya olmadığına hakimi inandırmak için, yargılama hukukunun gösterilmesine izin verdiği ispat aracıdır. Davada tarafların iddialarını ispat için dayandıkları ispat araçları senet, ikrar, yemin, kesin hüküm, tanık, bilirkişi, keşif ve özel hüküm sebepleridir⁹⁷. Bir vakıanın ispatı için başvuru vasıtalarına delil denir⁹⁸. Faks metni belge olduğundan, bir vakıanın ispatı konusunda mahkemeye delil olarak sunulabilmelidir. Faks metninin fotokopi niteliğinde olması, bu belgenin incelenmemesi sonucunu doğurmamalıdır. Fotokopi delil yokluğuna eşdeğer nitelikte görülmemelidir⁹⁹. Faks metni, fotokopi özelliğinde olmasına rağmen, bir delil olarak mahkemeye ibraz edilebilmelidir. Fotokopi, somut olayda hakimin duruşmanın genel muhtevsinden edineceği kanaatle uyum içinde olması halinde tanıklık ile desteklenmeden kullanılabilir¹⁰⁰. 1998 yılının Ekim ayında yürürlüğe giren İspanya Medeni Usul Kanununda, deliller bakımından bazı yeniliklere yer verilmiştir. Belirtilen ülkede, delillerin sınırlı olması yerine, tekniğin gelişimi üzerine mahkemenin bu yeni delilleri de inceleyebilmesi için, örneğin ses bandı, görüntü ve resim gibi yeni delillerin kabulü hakkında, mahkemeye takdir yetkisi getirilmiştir¹⁰¹. İspata ilişkin konular, medeni usul hukukunun “belkemiği”dir ve teknolojik gelişmeler bu yapıyı zorlamaktadır. Faksın günlük yaşamımızdaki yeri bellidir. Faks kanunlarda henüz delil niteliğine kavuşturulmamıştır. Bu ve bunun gibi yeni delil türleri, gerçek değerini bulmalıdır. Medeni usul hukukumuzda “kanuni delil sistemi” geçerlidir ve hakim kesin delillerle bağlıdır. Çözüm olarak, hukukumuzda serbest delil sistemine geçilmesiyle, yeni

96 Bkz. hakim tarafından teklif edilen (tamamlayıcı, resen) yemin konusunda geniş bilgi için: Yılmaz-Yemin s.163 vd.

97 Yılmaz-Sözlük s.209 delil kavramı.

98 Kuru-Usul C.2 s.1966.

99 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.53-54 ve s.57. Alman Federal Mahkemesi kararına göre, fotokopi üzerinde, vekalet ehliyetine sahip avukatın imzası mevcut ise, fotokopinin mahkemeye ibrazı mümkündür (BGH NJW 90, 188: Thomas/Putzo s.309).

100 Yıldırım-Delillerin Değerlendirilmesi s.216.

101 Pekcanitez-Yargının Hızlandırılması s.43.

delil türlerinin hukuken kabulü daha kolay olabilecektir¹⁰². Senetle ispat kuralı, delillerin değerlendirilmesini önlemekte ve hakikatin bulunmasını engellemektedir. Senetle ispat kuralının terk edilmesi uygun olacaktır. Senetle ispat kuralının kamu yararı ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Kanuni ispat kuralları hakikati arayan hakimi sınırlamaktadır¹⁰³. Adaletin daha inandırıcı biçimde sağlanması amacıyla, yazılı delil başlangıcının kapsamının genişletilmesi uygun olacaktır. Böylece gerçeği gösterebilecek her türlü ispat aracından yararlanılarak, adaletin daha inandırıcı bir şekilde gerçekleştirilmesi mümkün olabilir¹⁰⁴.

Faks metinlerinin mahkemeye ibraz edildiği davalarda, ispat yükünün belirlenmesinde dürüstlük kuralından yararlanılabilir. Dürüstlük genel kuralı, ispat yükünün hangi tarafa düşeceğini belirlemesi ve delillerin gösterilmesi açısından önemlidir¹⁰⁵. Yeni delil araçları mümkün olduğu ölçüde kabul edilmelidir. Hakim, modern bir delili kanun tarafından öngörülmedi diye reddetmemelidir. Bir delil muteber olmadığı gerekçesiyle reddedilemez. Gösterilen delilin incelenmemesi veya delil gösterme talebinin reddi hukuki dinlenilme hakkının ihlalidir¹⁰⁶. Bu nedenle, faks metninin yargılama sırasında bir delil olarak incelenmemesi, hukuki dinlenilme hakkının ihlaline neden olabilecektir (HUMK m.73, m.377, m.381).

Fransız hukukunda, ticari davalarda delil serbestisi bulunduğundan, bu alanda telekse daha kuvvetli bir delil niteliği tanınabildiği görülmektedir¹⁰⁷. Faks metinlerine de, kesin delillere yaklaşan veya bazen kesin delil niteliği verelebilen bir özellik tanınabilir. Çünkü, faks metinlerinin hangi numaralar arasında, hangi tarihte gönderildiğini belirleyebilmek mümkündür. Faks metninin gönderilmesi üzerine, faks cihazından çıkan gönderim raporunda, gönderilen diğer faks cihazının numarası, gönderim süresinin başlama ve bitiş süresi, tarih, gün, saat ve gönderim işleminin gerçekleşip gerçekleşmediği bellidir.

102 Ejder Yılmaz Önsözden (Sema Taşpınar, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001 s.8).

103 Yıldırım-Delillerin Değerlendirilmesi s.207 vd.

104 Yıldırım-Delillerin Değerlendirilmesi s.218; Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.161-162.

105 Arslan R.: Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989 s.89-92.

106 Pekcanitez-Hukuki Dinlenilme s.777-778.

107 Konuralp-Yazılı Delil Başlangıcı s.99.

Faks metni kural olarak uyuşmazlık öncesi bir delildir. Uyuşmazlık öncesi deliller genellikle yazılı delillerdir. Hukuki işlemlerde makbuz ve senetler, fotokopiler uyuşmazlık öncesi delillerdendir¹⁰⁸. Mahkeme bir vakıanın hakikate uygun olup olmadığını ikame olunan delillere göre karar verir, her delil aynı değerde olmadığı için somut bir delilin değerlendirilmesi de güçtür. Somut olaya göre delillerin ispat gücü farklıdır¹⁰⁹. Hakim, faks metnini, somut olayın özelliğine ve faks metninin yazı makinesi veya el yazısı ile yazılmış olup olmamasına, imzalı, imzasız bulunmasına, yada paraf içerip içermediğine, gönderim raporundaki bilgilere göre değerlendirmeye tabi tutacaktır. Hakim, kararlarında hayatın normal akışını ve içinde bulunduğu toplumun ekonomik özelliklerini ve taraf yararlarını gözötmelidir. Hakim, uyuşmazlığı akıl ve hukukun, hayatın kabul edeceği uygun bir şekilde çözmelidir. Davada, esas olan adaletin gerçeğe en uygun sağlanması amacı hiçbir zaman ihmal edilmemelidir. Verilen hükmün mükemmel sayılabilmesi için, kanuna, taraflara, olaya, yaşama ve gerçeğe, adalet duygusuna uygun olması ve ileride yeni uyuşmazlıklara yol açmayacak şekilde sağlam dayanaklar üzerine kurulması gerekir¹¹⁰.

Hakim karar verirken mahkeme dışında elde etmiş olduğu özel bilgisini de kullanır. Davada, diğer delillerle birlikte hakimnin özel bilgisi de varsa bunların makul gerekçeleri ortaya konulmalıdır¹¹¹. Faks cihazları konusunda, hakimnin özel ve teknik bilgisi mevcut ise, bu konuda bilirkişiye başvurmadan, gerekçe göstererek faks metinlerini inceleyip karar verebilmelidir.

Bilgisayar aracılığı ile de, bir telefon hattı üzerinden faks metinlerinin gönderilmesi mümkündür. Bilgisayar ortamında bulunan kayıtların değerlendirilmesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.367 hükmü bir çıkış yolu olarak düşünülebilir. Bilgisayar ortamında saklanan bilgiler ve bunlardan alınan çıktılar, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.367 anlamında Kanunda öngörülmemeyen delillerden sayılırlar. Bilgisayar ekranında bir kayıt görünmüyorsa delil de yoktur. Bilgisayar ortamından alınan çıktı doğrudan doğruya bir delil değildir. Bir yazıcıdan (Printer'den) alınıp, mahkemeye sunulan belge orijinal (asıl) değildir. Yazıcıdan alınacak çıktı, delilin kendisi olmayıp bir anlamda suretidir. Bu tür deliller, Kanunda öngörülmediğinden ve Kanun tarafından, bu delillere hakimi bağlayıcı bir ispat gücü verilmediğinden, takdiri deliller arasında

108 Konuralp-İspat s.31.

109 Yıldırım-Delillerin Değerlendirilmesi s.35-36.

110 Akcan R.: Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999 s.245, s.246, s.253.

111 Yıldırım-Delillerin Değerlendirilmesi s.252-253.

yer alırlar. Kanunda düzenlenmemiş bu tür takdiri deliller ancak bir delil sözleşmesi hükmü (HUMK m.287) ile hukuki işlemde doğan (HUMK m.288) bir davada geçerli delil (HUMK m.218) haline gelebilirler ve hakim tarafından vicdani kanaatine göre takdir edilirler (HUMK m.240)¹¹². Ancak, bilgisayar üzerinden faks metninin gönderilmesi halinde, yazıcıdan alınan çıktıda veya bilgisayar ekranında, faks metninin gönderildiği faks numarası ve tarih belli ise, bu hususun karar verilirken ayrıca dikkate alınması doğru olacaktır.

SONUÇ

Faks metni bir belgedir. Kural olarak, faks metni dava öncesi delillerdendir. Faks belgesi, Kanunda düzenlenmeyen delil türlerinden biridir. Kanun koyucunun faks belgesinin delil değeri konusunda, bir yasal düzenleme yapmasını gerekmektedir. Batı ülkelerinde serbest delil sistemine geçilmiştir. Bizim de hukuk sistemimizi buna göre değiştirmemiz uygun olacaktır. Yasal düzenleme yapılmıyaya kadar, hakim, hukuki işlemin ispatı için kendisine ibraz edilen imzalı, imzasız, el yazısıyla veya bir makine ile yazılmış bir faks belgesini, yazılı delil başlangıcı (HUMK m.292) veya özel hüküm sebebi olarak (HUMK m.367) kabul edebilecektir. Hakim, özel ve teknik bilgiye sahip değilse, bilirkişi aracılığıyla faks belgesinin altındaki imzanın gerçekten o kişiye ait olup olmadığı belirlenebilir. Hakim, faks cihazları konusunda özel ve teknik bilgisi mevcutsa, bilirkişiye başvurmayabilir. Faks metinleri, bir fotokopi özelliğindedir. Diğer fotokopilerden farklı olarak, faks cihazı ile gönderilen metinlerde gönderim raporu söz konusudur. Faks metninin, yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmesi mümkündür. Bu halde, takdiri ve kesin delillere başvurulması mümkündür. Faks metninden ve gönderim raporundan, tarihi, saati, gönderen ve gönderilen faks numarasını, gönderme işleminin tamamlanıp tamamlanmadığını belirlemek mümkün olduğundan, faks metni, güçlü delil (kuvvetli takdiri) delil olarak kabul edilebilir. Yalnızca, faks metnine dayanılarak karar verilmesi de mümkündür. Faks metni aleyhine olan taraf, metnin kendisi tarafından gönderilmediğini ispat hakkına sahiptir.

112 Konuralp-İspat s.37 ve s.73.