

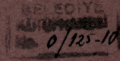
Hukukî Bilgiler Mecmuası

SAHİP VE BAŞMUHARRİRİ

Paris Hukuk Fakültesi Doktoru

AVUKAT

GAD FRANKO MİLÂSLI



Adres : Galata, Bahtiyar han Bay Gad Franko yazıhanesi

Telefon : 43009

Bir nüshanın bedeli 25 kuruştur.

Bir senelik abonmanı posta ücretiyle beraber 250 kuruştur.

Türkiye harici için 300 kuruştur.

İSTANBUL

HANRİ ZELİQ VE MAHDUMU BASIMEVİ

1938

Egger geçen sene nihayetinde memleketimize gelmiş ve üç konferans vermiştir. Bunlardan birisi Muasır Medenî Hukuktaki istihaleler, ikincisi Muasır Medenî Hukukta ferdî muhtariyet ve sonuncusu Muasır Medenî Hukukta Cemiyet ve Ferd bahislerine dairdir. Ünvanlarından anlaşıldığı üzere tetkik ve tahlil edilmiş olan bahıslar çok önemlidir. Bu konferanslar Doçent Doktor Hıfzı Veldet tarafından türkceye çevirilmiştir. Bu resalenin okunması büyük faideler temin edecektir.

— Yeni tesüs eden Üniversite Kitap Evi bir Seri Hukuk risalelerini neşretmeğe başladı Gayet küçük hacmindaki kitapçıklarda hukukî bir bahs anlatmaktır. 1 nümerolu risale, İspat külfetine aittir. Yazan da kıymetli profesör Mustafa Reşid Belgesaydır. Ben böylece mulahhas risalelerin taraftarıyım. İlk eseri takdir eder ve bu baktaki faaliyetin müteakip semerelerini görmek isteriz.

Gad Franko Milâslı

İkrar parçalanmaz

Yüksek mahkemenin iki kıymetli rüknü son zamanda bu bahsi, ilmin ve tecrübenin verdiği eda ile münakaşa ettiler. Esasta ayrıldılar, bazı noktalarda birleştiler.

(İkrar tecezzi etmez) hükmünün ana kanunlardan ziyade usul kanunlarında yer bulması lâzım geleceğine şüphe yoktur. Çünkü ikrar parçalanmış veya parçalanmasın, bir nev'i subut delilidir. Şu halde yeri Hukuk Usulu Muhakemeleri kanunudur ve bu her yerde böyledir.

Hükmün Fransa Medenî kanunda (Madde 1356) yazılmış olması hiç de bu esası bozmadı. Çünkü bu kanun hazırlanırken Fransanın bizde de uzun müddet aynen tatbik edilmiş olan Usulu Muhakemat Hukukiyesi henüz yapılmamıştı. Sonra «Code Civil» in ne gibi hususî şartlar altında hazırlandığı ve evvelce Fransız örf ve adetinde yer bulan bu esasın o sıralarda medenî kanuna geçirilmesine lüzüm görüldüğü malumdur. Fakat onda bile deliller faslında (altıncı Bap Madde 1315 -1370) zikr edilmesi iddiayı kuvvetlendirir.

Bizim Ticaret kanunumuzda yer bulmuş olmasına gelince bunun de ne gibi şartlar altında hazırlandığını biliyoruz: İsviçrenin ana ve usul kanunlarını henüz kabul etmemiştik. Ticaret muamelelerini olsun umumî hükümlerden kurtarmak için, hatta teferruata kadar, ne bulursak keşküle doldurmakta faide görüyorduk. Fakat burada dahi hüküm (ukudu ticariyenin esbabi subutiyesi) faslına konulmuştur.

İkinci bir nokta, 9/12/931 tarihli ve 18/45 sayılı tevhibi içtihad kararının bahsi aydınlatacağı yerde büsbütün zorlaştırmış olmasıdır. O kararda şöyle deniyordu :

a) İkrar tecezzi kabul etmez kaidesi hususî bir kanun olan ticaret kanununda mevzu olduğundan ancak ticaret mes'elelerinde tatbik edilebilir.

Sayın Şemsettin Temizerin bu esasî hukuk işlerinde de tatbika usul mevzuatımızın müsait olduğu hakkındaki yazılarından çok istifade ettiğimizi ve böyle olmasını istediğimizi ve bu hususa aşağıda temas edeceğimizi beyandan sonra ekseriyet kararının bu kısmını şimdilik kabul ederek diğer fıkralarına geçelim.

b) Ticarî hadisat ve muamelâtın istilzam ettiği hususiyetler nazara alınarak bu kaidenin tecezzisi mümkün olmayacak ikrarlarda tatbiki ruhu kanuna muvaffik olur.

Ticarî hadisat ve muamelâtın istilzam ettiği hususiyetler ne gibi şeylerdir ? Bunlar, sür'at, hüsnü niyet, itimad gibi esaslardan başka şeyler midir ? Bu kaideyi teccezzisi mümkün olmayan ikrarlarda tatbik edelim. Pek âla, fakat tecezzisi mümkün olmayan ikrarlar hangileridir ?

Acaba bundan maksad, mevsuf ikrarlarmidir ? yahut mürekkep ikrarların tecezzi ettirilmeyen nev'ilerimidir ? Tevhidi içtihad kararlarının hukukçuları aydınlatacak, doyuracak açıklığı ve mucip sebepleri ihtiva etmesi hakkındaki temennileri bu vesile ile bir daha tekrar edelim.

Fakat umumî hey'etin maksadı ne mevsuf ikrar, nede mürekkep ikrarın tecezzi ettirilemeyen nev'ileri olmadığı anlaşılıyor.

Son fıkrayı okuyalım:

C.— Müddeialehyin davayı ikrar mahiyetinde olan ifadesinin

hitamından sonra tediyein vukuunu ispat sadedinde vaki definin kendisine ispat ettirilmesi icap eder.

Neşri tarihini müteakip yazılan tenkidlerde de söylenildiği veçhile (Ahmed Esat: Baro Mecmuası, sene: 6, sayı: 66-6) bununla ne kasd edildiği anlaşılamamıştır. Müddeialehy (borcum vardı, fakat ödedim) derse (davayı ikrar etmiştir. Bu sözü söyledikten sonra ve temamladıktan sonra tediye definde bulunuyor. Şu halde tediye ispat etmesi lâzım gelir) denecek ve bu suretle ikrar parçalanacaktır. Fakat (borcum yoktur. Çünkü aldığım şu kadar lirayı ödedim) derse (davayı evvelâ inkâr etmiştir. İkrar kısmı hitam bulmadan hemencecik ödediğini beyan etmiştir. Şu halde defin ispatına lûzum yok) denecek ve bu suretle ikrar parçalanmayacaktır.

Bu böyle ise hukuk prensiplerini kelime ve mantık uyuncasına feda etmek, garptan aldığımız bir esası döndürüp dolaştırıp eski hale sokmak ve hüsnü niyetle davaya karşı beyanda bulunacak olan müddeialehyleri kaçamaklı yollar aramağa sevk etmek neticesine varılır.

Tevhidi içtihad kararından bu suretle kısaca bahs etmemiz, değiştirilmesi lâzım geldiğini ve çünkü mahkemeler gibi avukatların da mânasını el'an anlayamadıklarını tebarruz ettirmek içindir, yoksa makalenin mevzuu o değildir.

Sayın Kâzım Berker, kaidenin ana hatlarını (mefsuf ve mürekkep ikrarları) hakikaten veciz bir surette anlattıktan sonra bir kör barsak gibi (bu bizim ifademizdir) müddevenatımızdan kaldırılması neticesine vardığı halde, Ş. Temizer bilâkis hem hukuk hem ticaret mes'elelerine tatbik edilmesi lâzım geldiğini ve H. M. U. Kanununun zikr ettiği maddeleri değiştirilmedikçe bunun başka türlü olmayacağını beyan etmektedir. Şu halde üç sual karşısında bulunuyoruz:

- 1.— Tevhidi içtihad kararının kasd ettiği gibi prensibi pek mahdud bir sahaya mı tatbik etmeli?
- 2.— Yoksa Kâzım Berkerin istediği gibi büsbütün mü kaldırılmalı?
- 3.— Yuhutta Ş. Temizerin dileği gibi, yalnız Ticaret davalarına değil, Hukuk davalarına dahi tatbikmi etmeli? ve müdevenatı haziremize göre böyle tatbik edilmesi mümkünmüdür?

Madamki kârvane karıştık, Ş. Temizerin mütaleasına iştirak ettiğimizi söyleyeceğiz.

Basit ikrarın parçalanması veya parçalanmaması bahs mevzuu değildir. Borçlu borcunu mutlak olarak ikrar etmiştir; mahkûm olur.

Mürekkep (mahlut) ikrarda ilâve olunan yeni vak'a, esas ile tabii ve hukukî bir ittisalî haiz değilse ikrar parçalanır. Mes'elâ beşyüz lira borcum vardı. Fakat filan cihetteki alacağım ile takas ettik, gibi burada müddei ikrarın borç kısmını kabul ile takas ve mahsup def'ini ispata müddeialehy mecbur tutabilir.

Basit ikrarın hükmünde ve mürekkep ikrarın bu kısmının parçalanabileceğinde eski ve yeni hukukumuz müteffiktir.

Parçalanması veya parçalanmaması, yalnız ticaret davalarına mı, yoksa hem ticaret ve hem hukuk davalarına mı tatbik edilmesi ve yahut müddevenatımızdan büsbütün kaldırılması münakaşa edilen ikrarlar iki kısımdır. Birincisi mevsuf ikrardır (borcum var ama faizsizdir; ve yahut şunları aldım, ama bana hibbe edilmiş idi) gibi.

İkincisi mürekkep ikrarın, yeni hâdise ile esas arasında tabii ve hukukî bir ittisal bulunan kısımdır (borç aldım, fakat ödedim gibi)

İşbu iki nev'i ikrarın parçalanmayarak olduğu gibi kabul veya red edilmesi, yeni medenî hukukumuz gibi, ticaret hukukunun da bel kemiği olan (hüsnü niyet) prensibi ve adalet icabı ile olduğu kadar ispat külfetinin hangi tarafa tevcihi lâzım geldiğini tayin hususile de çok ilgilidir.

Malûmdurki ikrarın tecezzi kabul etmemesi esasına, müddeinin elinde müddeialehyin ikrarından başka hiç bir subut delili olmayan hallerde müracaat edilir. Bunu sayın Kâzım Berker, şöyle ifade buyuruyorlar: «ikrarın tecezzi edemeyeceği kaidesi hasmî diğer delillerle ikrarın hakikate uygun olmayarak takyit edildiğini veya ilâve yapıldığını ispat hakkından mahrum bırakmaz. İkrarı tazammun eden ifade, hilâfı sabit oluncaya kadar müteberdir». Ecnebi şarihler de böyle diyorlar.

Müddei davasını ispat edecek ve müddeialehyin ikrarını çürütecek delile malik bulundukça böyle bir ikrara dayanmaz. Çünkü başka

delili var iken onu hasmının ikrarını heyeti mecmuasile beraber kabule mecbur tutmak, diğer delillerini hiçe saymak ve müddeialeyhin elinde oyuncak yapmak olurki hiç bir zaman düşünülemez. Bahsın hareket noktası budur. İmdi bu böyle olunca, yani müddei davasını ispat için başka hiç bir delil göstermeyerek yalnız ve yalnız borçlusunun ikrarına dayanınca onu olduğu gibi, yani heyeti mecmuasile kabul etmesi adalet ve insaf iktizasıdır. Pothier'nin dediği gibi (numara 832) senin elinde hiç bir delil bulunmasın; müddeialeyhin hüsnü niyetle, papas huzurunda günahını itiraf eder gibi (confession) mahkeme huzurundaki ikrarına yapış ve onunla davayı ispat etmek iste, sonrada o ikardan istediğin kısmı al ve işine gelmediğini at... bu doğru olmaz. Şemsettin Temizer, bunu şöyle ifade buyuruyor: «Hiç esbabı subutiyesi olmayan müddeinin davasına karşı doğru söylemek iztirarında kalan müddeialeyhin bu doğruluğunun mükâfatı olarak sözünü yeminle kabul etmekte neden mahzur tasavvur edilsin?»

Diğer taraftan böyle bir ikrarın parçalanması halinde ikrara ilâve ettiği hadiseyi ispat külfeti müddeialeyhe düşecektir. Öyle bir adama ki kabahatı, vak'aları olduğu gibi söylemesidir! Halbuki davayı ispat müddeiye düşen bir vazifedir. Eğer ikrarı olduğu gibi, yani umumi heyetile kabul etmiyorsa usulün kendisine yüklettiği ispat vazifesini yapsın, yoksa heyeti mecmuasını kabul etmediği bir ikrar yüzünden vaziyetinin (davayı ispat vaziyetinin) eyileşmesi, yani külfetten kurtulması kabul edilemez.

İkrar tecezzi kabul etmez prensibinin izlerine eski milletlerin hukuk mevzularında rastlamıyoruz, ve onun ilk defa Fransız örf ve adetinde yer bulduktan ve müellifleri tarafından kabul edildikten sonra Fransız Medeni kanununun 1356 inci maddesine şu yolda girdiğini görüyoruz:

«Adli ikrar, taraflardan birinin veya mümessilinin mahkeme huzurunda vukubulan beyandır. Bu beyan, ikrar eden aleyhinde kat'i hucettir. Mukir aleyhinde parçalanamaz. . . . ilh».

Fransız hukukunun yarattığı bu esas, Belcika, İtalya, İspanya, Hollanda, Portekiz (1) gibi biz de aynen kabul ederek ve esbabı mucii-

(1) Manas — Ticaret Kanununun fransızcaya tercümesi eserinin 683üncü maddesine müracaat.

besini metne ilâve suretile, biraz daha tafsilendirerek, Ticaret kanunumuzun 683 üncü maddesine şu yolda geçirdik ve pek alâ da ettik. «İkrar tecezzi kabul etmez. Binaenaleyh müddeialeynin gerek mahkeme haricinde ve gerek huzur hâkiminde vukubulan ve ikrarı tazammun eden ifadesinin heyeti umumiyesi tamamen kabul veya red edilmek lâzımdır.» Çok yazık ki bu iyi kaideyi karmakarış ettik.

Yine tekrar edelim ki tecezzi kabul etmeyecek ikrar, mevsuf ikrarla mürekkep ikrarın yukarıda izah ettiğimiz nev'idir, ve bu esas müddeinin elinde başka hiç bir subut delili olmadığı ve münhasıran müddeialeynin ikrarına dayandığı hallerde tatbik edilir; yoksa müddeiyi elinde başka subut sebepleri var iken mutlaka bu ikrara dayanmağa kimse cebredemeceği gibi ikrarı çürütecek diğer delillerini ortaya koymasına da mesâğ olamaz. Fakat bir kere izharı aciz edip de münhasıran bu ikrara dayandıktan sonra ondan işine geleni alıp gelmeyi atmasına müsaade edilemez. Bu, en basit bir hak, maadelet, mantik ve usul icabidir, ve bir ikrarın her kısmı, aynı kuvveti haizdir.

Hükmün bu ikrarlara tatbik edileceği, yani müddeinin elinde başka deliller bulunmadığı hallerde dahi aşağıdaki hususların nazâre alınması icap eder :

1.— İkrarın kısımları arasında (esas ile ilâve olunan hadise arasında) hukukî bir itisal ve münasebet bulunması, yani ikrarın tecezzi ettirilebilen mürekkep ikrar kısmına kaçmaması.

2.— İkrarın birbirine mübayin ve munakis kısımlardan mürekkep olmaması,

3.— İkrarın yalan olduğunun zahiri halden anlaşılınması,

4.— İkrarda hile ve hud'a görülmemesi,

Kaidenin menşeiini, konulması sebebini, ikrarın nev'ilerini iyice anlayan ve bazen ufacık bir karine ve emare ile koca koca delilleri yıkabilmek salâhiyeti kendisine verilmiş olan dirayetli bir ticaret hâkiminin ikrara dayanan davaları ticaret kanununun o maddesindeki ruh ve mâna ile pek eyi hal edebileceğine şüphe yoktur. Binaenaleyh her iki hakimimizin makalelerinde gösterilen karışıklıkları ortdan kaldırmak için tevhibi içithad kararının, 683 üncü maddenin ruhuna göre, uzunca bir

izahla, değıştirilmesi temenni olunur. Zaten değıştirilecek zaman de geçmiştir. Bu kaidenin olduğu ve şarihlerin izah ettiği gibi tatbiki dava olunanları yalan söylemekten, kelime ve mantık oyunlarından bir derece alıkoyacak, ispat külfetini onunla mükellef olanın uhtesinde bakı kılacak ve böylelikle adalet daha eyi dağıtılacaktır.

(İkrar parçalanmaz) esasının basit bir şey olmadığı ve tatbikatta bir çok zorlukları mucip olduğu meydandadır. Fakat hangi kanunun hangi maddesi tatbikatta zorluk ve karışıklık göstermiyor? Hakimlerin vazifesi bu karanlıkları aydınlatmak, ferd ve cemiyetin hukuk hayatının nazimi olmak değildir? Eğer güçlük gösteren her hukuk esasını kaldırmak lâzım gelse dünyada bir tek kanun kalmaz. Bu esas evvelâ örf ve adet ve sonra metin olarak asirlerden beri tatbik edegelen Fransada bile bu kadar şerhlere, binlerce mahkeme kararlarına rağmen yine bir birine muhalif hükümlere rast gelinmektedir. Fakat Temyiz Mahkemesi lâzım gelen yolu göstermektedir. Ve Fransız hukukçuları o maddeyi kaldırmayı hiç bir zaman düşünmemişlerdir.

Yazımızın bu kısmine son vermeden, her iki sayın hakimimizin iştirak etmediğimiz bir mütalealarından bahs etmek istiyoruz.

Bay Ş. Temizer, (müddeialeyh «karz aldım, fakat ödedim.» derse vak'aları inkâr etmiş olmayıp, borcu kalmadığını söylemiştir. Bu vaz'iyette müddeinin ispat edeceği şey, borcun ödenmemiş ve müddeialeyhin zimmetinde baki bulunmuş olduğu keyfiyettir) diyorlar. Esasın hikmeti vaz'i ve 683 üncü maddenin yazılış tarzi böyle bir hüküm çıkarmağa mânidir. Çünkü bu mütalea, kül halinde kabul edilmeyen ve heyeti umumiyesile red edilmiş olan ikrarın bir kısmine yine az çok bir kıymet vermek olur. Halbuki red edilen ikrar, hiç söylenmemiş demektir. Kanun (ikrarın heyeti umumiyesi tamamen kabul veya red edilmek lâzımdır) demek suretile kabul edilmeyen ikrarın heyeti mecmuasile birlikte merdud bulunduğu keenne hâkim huzurunda böyle bir söz söylenmemiş, layihalarda bu vak'adan hiç bahs edilmemiş olduğunu ifade etmiştir. (Temamen) kelimesi bu maksatla konmuştur. Aksi taktirde ikrar tamamen red edilmemiş, yine bir kısmı kabul edilmiş neticesi çıkar.

Bay K. Berker, bu bakımdan pek hakli olarak, müddeiye böyle bir külfetin tahmili davanın esasını ispat külfetinden daha ağırdır, dedikten sonra şu mütaleada bulunuyorlar : «Müddei neyi ispat edecektir? Şüphesiz, dava karza dayandığına göre, iddia ettiği veçhile bir karz akdının vukua geldiğini ispat edecektir. Halbuki bu akıt zaten ikrar edilmiştir. Demek ki kaidenin tatbiki bizi hasili tahsil gibi garip neticelere sürükleyecektir». Bu mutalea dahi, kaidenin ruhuna münafidir, ve yukarda söylediğimiz gibi ikrarı parçalamak neticesine götürür. Çünkü müddeialehyin (karz aldım ama ödedim) yolundaki def'inden ikinci kısmı alıp birinci kısmı, yani karzın vukuu kısmını kabul etmek neticesini doğurur. Bu ise şimdiye kadar gerek kendilerinin ve gerek bizim izah ettiğimiz esasa münafi düşer.

Berker bu neticenin çıkacağını takdir buyurdıkları için bir az daha aşağıda «Amma denilebilirki, davacının ikrara istinad etmemesile ikrar vaki olmamış sayılmak iktiza eder. Fakat huzurunda böyle bir ikrar sebk etmiş olan hakim, davacının akdi ispat edememesi üzerine karz akdi hiç ikrar olunmamışcasına davayı red ederken ne müthiş bir vicdan azabi duyacağını tasavvur ediniz» diyorlar. Böyle bir vaziyette hiç bir hâkimin azab duymaması lâzımgelir. Bilakis âme intizamına taalluk etmeyen bir hususî hukuk esasını tam manasile tatbik ettiği için vicdani çok rahattır. Eğer bunda bir haksızlık olmuşsa — ki hiç yoktur — kabahat kanunundur, deyip geçer. Onun vazifesi kanunu tenkid değil, tatbiktir. Daha isterse, Adliye Vekâletine esbabi mucibeli bir tadil layihası gönderir. Hem hakimler bu gibi hadiselerle günde kaç def'a rast gelirler? Daha açık bir misal söyleyelim : bir borçlu boreunu birinci celsede kayıtsız ve şartsız ikrar etse ikinci celsede her hangi bir bahane ile bu ikrardan rucu ve müddei de rucuunu tamamen kabul etse ve sonra davasını ispat edemese hâkim bu davayı red etmeyecekmi? red ettiğinde «eyvah müddeialehy evvelki celsede ikrar eylemişti. Benim için ne elim bir vicdan azabi! davayı nasıl red edeyim» diye ağlayıp sızlayacak mı? Hâkim böyle şeylere ne karışır? Hukuk davalarında hâkim müddeinin istediğini verir, gösterdiği delili tetkik eder.

Mevcud müddevenatımıza göre esasın hukuk davalarında da tatbiki mümkün olup olmadığına gelince bu hususta Bay Ş. Temizerin mütaleasına iştirak ettiğimizi söyleyerek mucip sebeplerini tekrardan çekeneceğiz. Biz o özlu mütalealara, ve usulun zikr ettiği maddelerine (peki, gerek borçlu ve gerek usul kanunlarında ikrarın parçalanmamasına dair bir serahat yok. Fakat parçalanacağına dair bir serahat varmi?) sualını de ilâve edeceğiz. Ve nihayet hâkimin kanunun sarîh olmadığı yerlerde kendini kanun vaz'ii yerine koyabileceği esasını hatırlatacağız. R. Dallozda de denildiği veçhile (cilt 9 sahife 478) ikrarın tecezzi kabul etmemesi esası dahi hâkimin hakkı takdirine tabidir. Çünkü nihayet ikrar da bir delildir, ve delilleri ise hâkim serbestçe taktir eder.

Bana İsviçre hukukunu iki terkible kısaca anlat deseler şu cevabı veririm: birincisi hüsnü niyet, ikincisi hâkime geniş takdir hakkı vermesi. İsviçreli hâkim gibi geniş düşünen türk hâkimi, mevcut mevzuatımız muvacehesinde, kaidenin hukuk davalarına da tatbiki imkânını bulabilir.

Avukat

Ali Haydar Özkend

Hamiş: İkrarın nev'ileri, hükümleri, hangilerinin tecezzi ettirilebileceği şimdiye kadar çok yazılmış ve yüksek hakimlerimizin makalelerinde de hülâsa edilmiş olduğundan bu yazımızda onunla fazlaca meşgul olmadık ve okuyucu hukukçularımızca bunların bilindiğini tabii gördük. Mevzu hakkında geniş malûmat edinmek isteyenlerin Fransızca şu eserlere müracaat etmelerini tasviye ederiz:

M. Planiol V. 2 P. 19,20

Bonnier No. 365

H. Capitan V. 2 P. 245

R. Dalloz V. 9 P. 477-483

bilhassa bu sonuncusunda eski yeni yüzlerce temyiz kararları gösterilmiştir.

Türkçe yazılar hakkında şunlara müracaat: Avukat Ali Haydar Özkend'in aynı mevzu hakkında Baro Mecmuasındaki makalesi. Avukat S. Adato'nun aynı mecmuanın haziran 927 ve avukat Ahmed Esad'in (şimdi profesör) haziran 932 tarihli nüshalarındaki yazıları, İzmir Avukatlarından Amato Sevilenin 13 Mart 1936 tarihli matbu Konferansı, H. Himmet Berki'nin (Temyiz Reislerinden) Adliye Ceridesinin sene 20, birinci sayılı, Kâzım Berker'in aynı ceridenin Mayıs 938 ve Ş. Temizer'in bu mecmuanın 15 haziran 938 tarihli nüshalarındaki yazıları.