

SENETLE İSPAT ZORUNLULUĞU, DELİL SÖZLEŞMESİ VE TANIK DİNLETİLMESİ

Lütfü Fikri SONER

Antalya As. İnci Hukuk Hâkimi

Plân :

- 1 — Giriş.
- 2 — Deliller, delil sözleşmesi.
- 3 — Hukuk Yargılama Usulü Kanununun 289 ncu maddesi ve ilgili İçtihadı Birleştirme Kararı.
- 4 — 1711 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra İçtihadı Birleştirme Kararının etkenlik ölçüsü.
- 5 — Değişik 289 ncu maddenin uygulama sınırı nedir ?
- 6 — Sonuç.

1— Giriş :

Dava, bir hukuki korunma isteğidir. Davacı olan kimse onunla hakkını tanımak istemeyen şahsa karşı, haklılığının saptanarak korunmasını istemektedir. Ancak, sadece dava açmakla haklılığın sabit görülmesi elbette düşünülemez. Genel ilke olarak bir davada taraflardan her biri çekişmeli olan hususlarda iddia ve savunmasını göstereceği delillerle kanıtlamak durumundadır. (1). Bir kimse, ne ölçüde haklı olursa olsun, bunu kanıtlıyamaz ise veya davalı onların aksini göstereceği delillerle kanıtlıyacak olursa, davanın reddi zorunludur. Bu durum, açılan bir davanın kazanılması için haklı olmak kadar, haklılığın ve hakkın gösterilecek delillerle ortaya konulmasının da önemli olduğunu belirtmektedir. İşte, dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların, mevcut olup olmadıkları hususunda mahkemeye kanaat verilmesi ameliyesine ispat denir (2). İspatın ne şekilde ve hangi delillerle yapılacağı kanunlarda gösterilmiştir.

1) Türk Medeni Kanunu — Madde : 6.

2) Prof. Dr. KURU Baki — Hukuk Muhakemeleri Usulü Üçüncü baskı 1974-Sh. 359.

2 — Deliller : delil sözleşmesi.

Deliller, bir davada bulunup bulunmadıkları çekişmeli olan hususları kanıtlamaya yarayan vasıtalarlardır. H. Y. U. K.'nun 238 nci maddesi aynen şu hükmü taşımaktadır: (Delil davanın haline tesir edebilecek münazaalı hususları ispat için ikame olunur. Mâruf ve meşhur olan veya ikrar olunan hususlar münazaalı sayılmaz). Bu maddeden de anlaşıldığı gibi bilinen, çekişmesiz olan veya ikrar edilen hususların kanıtlanmasına gerek yoktur. Ayrıca davaya etkili olmayan hususların kanıtlanması ve ona dair delil gösterilmesi de elbette istenemez.

Delilleri kesin deliller ve taktiri deliller diye sınıflamaya tabi tutmak mümkündür. Kesin deliller bağlayıcı mahiyettedirler. Hâkim onları taktir etmek yetkisine sahip değildir. Bunlar ikrar, kesin hüküm, senet ve yeminden ibarettir. Taktiri delillerin ise bağlayıcı olmak vasıfları yoktur. Tanık, bilirkişi, keşif ve H.Y.U.K.'nun 367 nci maddesindeki hususi hüküm sebepleri bunlardandır.

Kanunun muayyen bir delil ile ispatını emreylediği hususlar başka suretle ispat olunamaz. (H. Y. U. K. Md. 287/D). Ancak aynı maddeye göre tarafların bir delil sözleşmesi yapmalarına da olanak tanınmıştır. Delil sözleşmesi senetle ispat yükümlülüğünün istisnasıdır. Bundan başka kanunen delil serbestisinin câri olduğu bir mevzuda delillerin tahdidi yolundaki anlaşmanın geçerli olduğundan da şüphe yoktur. 287 nci madde hükmü bu bakımdan açıklık taşımaktadır (3). Fakat delil sözleşmesi yapma serbestliği sınırlıdır. Geçerliği maddi hukukça özel bir şekle bağlı kılınan hususların başka şekilde ispatına olanak yoktur. Oradaki şekil geçerlik şartıdır, ispat şartı değildir. Örneğin taşınmaz mallara ait aynı haklar sadece tapu sicili ile kanıtlanabilir. Yine B.K.'nun 484 ncü maddesine göre kefa'et sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Aynı kanununun 163 ncü maddesinde alacağın temliki de yazılı şekle bağlı kılınmıştır. Bunların başka şekilde kanıtlanmasına, delil sözleşmesi yapılarak dahi yasal olanak bulunmamaktadır. Maddi hukuk yönünden belirtilen şeklin geçerlik şartı olması halinde H.Y.U.K.'nun 346 nci maddesine göre o şekilde işlem yapılmamışsa yemin dahi teklif edilemez. Bütün bunlara rağmen zayıf bir delil yerine daha kuvvetli bir delil istemek hususunda yapılacak sözleşmenin geçerli olduğundan tereddüt edilemez. Örneğin, tanıkla kanıtlanması mümkün olan hususların senetle ve adi senetle kanıtlanmasına olanak bulu-

3) Prof. Dr. POSTACIOĞLU İhan E. — Medeni Usul Hukuku Dersleri, 1970. Sh 511.

nan vakıaların resmî senetle ispatı gerektiğine dair taraflarca delil sözleşmesi yapılabilir (4).

H. Y. U. K.'nun 287/2 maddesinde (muayyen deliller) denildiği için, delil sözleşmesi ile birden fazla delil kabul edilebilir. Ancak kabul edilen delillerin belirli olması gerekir. Bu nedenle bir, hukuki muamelenin (her türlü delil ile ispat edilebileceği) hakkındaki bir delil sözleşmesinin geçerli olmaması gerekir. (5). Sözü edilen maddede delil sözleşmesinin yazılı olarak yapılabileceği belirtilmektedir. Buradaki şekil sadece bir ispat şartıdır, yoksa geçerlik şartı değildir. Onun için sözlü olarak yapılmış olan bir delil sözleşmesi mahkemede ikrar edilebilir. H. Y. U. K.'nun 151 nci maddesine göre ikrarın geçerli olması duruşma zaptına yazılıp okunduktan sonra ikrarda bulunana imzalatılmış olmasına bağlıdır. Delil sözleşmesi yapıldığının usulen kanıtlanamamış olması ve karşı tarafın da bunun kabul etmemesi halinde ispat şartı olmakla yemin teklif edilebilecektir (6).

Delil sözleşmesi bazen bir hususun yalnız belli bir delil ile ispat edilebileceği şeklinde yapılır. Örneğin, miktar veya değeri beşyüz liradan az olan bir hukuki muamelenin tanıkla ispatı mümkün iken sadece senetle ispat edilebileceği kararlaştırılabilir. Burada münhasır delil sözleşmesi vardır. Taraflar bazen delil sözleşmesi ile delillerini hasretmez, bilâkis bir hususun başka bir delil ile de ispat edileceğini kabul ederler. Böyle bir delil sözleşmesine ise münhasır olmayan delil sözleşmesi denir. Senetle ispatı mecburi olan bir hukuki muamelenin tanıkla da ispat edilebileceği şeklinde yapılan sözleşme bu mahiyettedir (7).

Buraya kadar durumun daha iyi ortaya konulabilmesi için kısaca delillerden ve delil sözleşmesinden söz edilmiştir. Şimdi esas konumuza dönülebilir sanırım. Ancak bu arada H. Y. U. K.'nun 289 ncu maddesinin eski ve yeni durumlarına, ayrıca eski hükümle ilgili Yüksek Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme kararına işaret edilmesi uygun olacaktır.

3 — Hukuk Yargılama Usulü Kanununun 289 ncu maddesi ve İlgili İçtihadı Birleştirme Kararı.

H. Y. U. K.'nun 289 ncu maddesi daha önce şu hükmü taşımakta idi : (Senetle ispatı iktiza eden tasarrufların miktar veya kıymeti

4) Prof. Dr. BİLGE Necip — Medeni Yargılama Hukuku. 1967 Sh. 439

5) Prof. Dr. KURU Baki — age. Sh. 479.

6) Prof. Dr. KURU Baki — age. Sh. 481.

7) Prof. Dr. KURU Baki — age. Sh. 478 ve 481.

istifa ve ibra gibi herhangi bir sebeple muayyen haddin dünuna tenezzül etse dahi yine senetsiz ispat olunamaz). Bilindiği üzere 1711 sayılı kanunla sözü geçen kanunun bazı hükümleri değiştirilmiş ve kanuna bazı yeni maddeler eklenmiş bulunmaktadır. O kanun ile 289 ncu madde şu şekli almıştır : (288 nci madde uyarınca senetle ispatı gereken hususlarda yukardaki hükümler hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakâtı halinde tanık dinlenebilir). 1711 sayılı kanunun 4 ncü maddesinde kanunun yayımı tarihinden 30 gün sonra yürürlüğe gireceği kabul edilmiştir. Resmî gazetede yayım tarihi 8/5/1973 olmakla 8/6/1973 gününde yürürlüğe girdiği anlaşılmaktadır. Aynı kanunun geçici maddesindeki hükme göre 289 ncu madde-deki değişiklik daha önce açılmış olan davalarda da uygulanacaktır.

18/3/1959 günlü 18/21 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında şöyle denilmektedir : (... Usulün 287 nci maddesinin birinci cümlesinde kanunun ispatını belli bir şekle bağladığı vakıaların başka bir delille ispat olunamayacağı esası konulmakla beraber aynı maddenin ikinci cümlesinde bir delil mukavelesinin yapılmış olduğu hallerde mukaveleye konu olan vakıanın başka bir delil ile ispat olunamayacağı kabul edilmekle delil konusunda tarafların anlaşmalarının muteber bulunduğu esası benimsenmiştir. Delil mukavelesinin caiz olduğu delilin nev'i bakımından kayıtsız şartsız kabul edildiği veçhile şahitle ispat edilemiyen bir vakıanın belli şahitlerle ispatı için delil mukavelesi yapılması mümkün olacaktır.

Şahitle ispat yasağının müstesnalarını bildiren usulün 293 ncü maddesinin 4 ncü bendinde adet sebebiyle dahi şahitle ispat yasağının kalkacağı hükmü konulmuştur. Şahitle ispat yasağına ilişkin hükümler amme intizamı düşüncesine dayanarak konulmuş olsaydı tarafların mukavelesiyle ve bilhassa adet ile bu hükümlerin tatbiğinin önlenmesi kabul edilmezdi. Bundan başka usulün 292 nci maddesi uyarınca yazılı delil başlangıcı bulunması halinde şahit dinlenmesinin kabul edilmesi dahi bu konuda amme intizamının cari olmamasındandır. Demek ki kanunun metninde söz konusu hükümlerin amme intizamı düşüncesi ile konulmuş olmadığı açıkça anlaşılmaktadır... Usulün 287 nci maddesinin ikinci cümlesi hükmünce delil mukavelesinin ispatı şekle bağlı tutulmuştur. Bu mukavele yazılı olmalıdır. Yahutta yapılmış olduğu taraflarca mahkemede ikrar edilmiş bulunmalıdır. Bu itibarla hasmının şahit dinletmesi için diğer tarafın muvafakâtı ancak yazılı mukavele ile veya duruşma sırasındaki ikrarın muteberliği ile ispat edilmelidir. Duruşma sırasındaki ikrarın muteberliği ise usulün 151 nci maddesinin hükmünce

duruşma zaptının ikrara ait kısmının ikrarda bulunan tarafından mahkeme kâtibince yazılan sözler kendisine okunduktan sonra imza edilmiş olmasına bağlıdır. Bu söylenenlerden anlaşılıyor ki, bir kimsenin hasmının şahit dinletmesine karşı ses çıkartmamış ve hattâ bu ciheti temyiz itirazları arasında anmamış ve kendisinde şahit dinletmemesi gereken bir vakıayı şahitle ispat etmiş olması, hasmının şahit dinletmesine muvafakat ettiği mânâsına alınamaz. Yukarıdaki bentlerde açıklandığı üzere şahitle ispat yasağı tarafların menfaatlerini korumak için kabul edilmiş olduğundan bu kimsenin hasmının dinletmek istediği şahitlerin kimler olduğunu öğrenmesinden sonra şahit dinletmesine rıza göstermiş bulunması halinde yalan şahitlik tehlikesi ve onun menfaatlarının halale uğraması ihtimali kalmıyacağından dolayı, yazılı delil mukavelesi yahut böyle bir mukavelenin yapılmış olduğuna ilişkin ikrarın ancak şahitlerin öğrenilmesinden sonra yapılmış olması esastır. Yani rıza belli kimse-lerin şahit olarak dinlenmelerine ilişkin bulunmalıdır. Esasen delil mukavelesinde hedef tutulan delilin belli olması şartı da bunu gerektirir. Bunun içindir ki, bu kararın netice kısmında «belli şahitler» sözleri kullanılmıştır. Şahitlerin öğrenilmesinde şahit listesinin muvafakatta bulunan tarafa verilmiş veyahut şahit ad ve adreslerinin muvafakatta bulunan tarafa tebliğ edilmiş olan dilekçede yazılmış olmasına bağlıdır.

Netice : Değeri belli miktarı aşan hukuki muameleleri şahitle ispat yasağına ilişkin esasların amme intizamı düşüncesi ile kanuna konulmuş hükümlerden olmadıklarına ve ancak yazılı mukavele ile veya duruşma zaptında usule uygun olarak tevsik edilmiş bulunan ikrar ile sabit olan açık bir muvafakat bulunduğu takdirde sadece belli şahitlerin mahkemeye dinlenebileceklerine 18/3/1959 günü ... karar verildi). (8).

4 — 1711 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra İçtihadı Birleştirme kararının etkenlik ölçüsü.

Bilindiği üzere İçtihadı Birleştirme Kararları kanun hükmündedirler. Onun için de bağlayıcı bir nitelik taşırlar. Uygulamada birilgin sağlanması bakımından o yola başvurulur. 1711 sayılı kanunla yapılan işlem ilke olarak İçtihadı Birleştirme Kararını kanun hükmü haline dönüştürmek olmuştur. Eski 289 ncu maddedeki hü-

8) Yüksek Yargıtay'ın 18/3Ç1959 günlü 18/21 sayılı İçt. Bir. K. 26/6/1950 T. 10237 S. Res. Ga.

küm son yapılan değişiklikte 288 nci maddeye son fıkra olarak eklenmiş, buna karşılık 289 ncu maddeye bugünkü şekil verilmiştir.

Gerek sözü edilen kararda ve gerekse 1711 sayılı kanunla değiştirilen 289 ncu maddenin gerekçesinde aynı hususlardan söz edilmektedir. Buna göre, karşı tarafın açık izni halinde tanık dinlenmesi bir ihtiyacı karşılamaktadır. Tanıkla ispat yasağı kamu düzeni düşüncesi ile kanuna konulmamıştır. Yazılı olarak sözleşmişse veya duruşma sırasında sözleşmenin yapıldığı ikrar edilip usulen tutanağa geçirilip ikrarda bulunana okunup imzalatılmışsa tanık dinletilebilir. Tanık dinletme yasağı tarafların yararı düşünülerek konulduğundan onlara o konuda tasarruf serbestisi tanınması kadar tabii bir durum olamaz. Ancak delil sözleşmesi yapılması şekle bağlı kılındığından ona uymadan tanık dinlenmesi, karşı taraf ses çıkarmasa ve hattâ kendisi de kanuna aykırı olarak tanık dinletse dahi geçerli değildir, hükme dayanak sayılamaz.

Gerekçelerindeki uygunluğa rağmen konumuz olan kararla, kanun maddesi arasında bazı farklılıklar bulunduğu da açıkça görülmektedir. İçtişadı Birleştirme Kararına nazaran tanık dinlenmesine ancak tanıkların kimliklerinin karşı tarafa bildirilmesinden sonra açık olarak izin verilebilir. Genel olarak tanıklar bildirilmeden önce (karşı tarafın tanık dinletmesine izin veriyorum) şeklinde bir beyan geçerli sayılmıyordu. Buna neden olarakta tanık dinletme yasağı tarafların yararı düşünülerek kanuna konulduğundan, tanıkların bildirilmesi ile izin verilmesi halinde yalancı tanıklık ve izin verenin yararlarının tehlikeye düşmesinden söz edilemeyeceği gösteriliyordu. H. Y. U. K.'nun değişik 289 ncu maddesinde iznin ne zaman verilebileceğine dair bir kayıt yoktur. Yalnız maddenin gerekçesinde (... bu muvafakât diğer tarafın bu konuda dinletmek istediği tanıkların kimler olduğunun öğrenilmesinden evvel olabileceği gibi, tanıklar belli olduktan sonra da beyan edilebilir. Her iki şekil uygulama yönünden hukuki bir hak yaratmaz. Aksi halin kabülü, yargılamanın uzaması gibi bir sakınca doğurur...) denilmektedir. (9). Bu durumda öncekinin aksine, şimdi tanık dinlenmesine izin tanık listesinin bildirilmesinden önce de, sonra da olabilir. Burada yeni getirilen durumun daha isabetli olduğunu belirtmek yerinde olacaktır. Zira tanıkların şahıslarına karşı itiraz hakkı belirli sürede zaten yapılabileceğine göre, ayrıca tanıkların ne söyleyecekleri önceden hiç değilse kesinlikle bilinemiyeceğinden iznin önce veya sonra verilmiş

9) Millet Meclisi Tutanak Dergisi - Dönem 3 Cilt 32 - Gerekçe.

olması sonuca etki yapmamalıdır. İzin veren kimse izni verirken kendisinin de aynı konuda gerektiğinde tanık dinletmesine diğer tarafın izin vermesini sağlayabilir.

Yargılama karşı tarafın gıyabında devam etmekte ise, karşı taraf duruşmada hazır olmadığından, şahit dinletilmesine muvafakâtını bildiremez. Fakat şahit dinletmek isteyen taraf, karşı tarafın şahit dinletilmesine muvafakât edip etmiyeceğini bildirmesi için duruşmaya çağırılmasını isterse, mahkeme karşı tarafı duruşmaya davet etmelidir. Karşı taraf, duruşmaya gelir ve şahit dinletilmesine açık bir şekilde muvafakât ederse, şahit dinlenebilir. Bu davet üzerine karşı tarafın duruşmaya gelmemesi ,şahit dinletilmesine muvafakât ettiği şeklinde yorumlanamaz. Çünkü, zımnî muvafakât yeterli değildir. (10).

289 ncu madde ile getirilen diğer bir yenilik ise hâkimin davada aslında tanık dinletilemeyeceğini ,izin verilmesi halinde tanık dinletmeye karşı tarafın olanak bulacağını hatırlatmasıdır. Bu bir bakıma yemin teklif etmek hakkının hatırlatılması gibi bir durum göstermektedir. O bakımdan da hâkimin tarafsızlığı, hiç kimseye yol gösteremeyeceği ilkesine ters düştüğü eleştirisine uğrayabilir. Ancak bizce ondan daha az sakıncalıdır. Zira yemin teklif etmek hakkının hatırlatılmasında davanın sonucu o hakkın kullanılıp kullanılmamasına bağlıdır. Hâkimin geri dönemeyeceği, tarafların yararına veya zararına bir durum doğmuş olmaktadır. Burada ise sadece aslında tanık dinlenemeyecek bir davada tanık dinletme izni verilip verilmeyeceği hatırlatılıp sorulmaktadır. Davâ izin verilmesi halinde tanık beyanlarına göre, izin verilmez ise genellikle yeminle karara bağlanacaktır. İçtihadı Birleştirme Kararında bu konuda bir açıklık yok iken de dolaylı olarak aynı durum doğuyordu. Kanun bugünkü haliyle ona sadece açıklık getirmiş bulunmaktadır.

Bütün bunlara göre 1711 sayılı kanunla 289 ncu maddede yapılan değişiklik o konudaki İçtihadı Birleştirme Kararı dayanak alınarak gerçekleştirilmiştir. Ondan ayrıldığı husus, tanık dinlenmesine iznin tanıkların kimliklerinin bildirilmesinden önce veya sonra verilebileceğidir. Şimdi de önce olduğu gibi tanık dinlenmesi ancak yazılı delil sözleşmesi ile veya ögüle bir sözleşmenin yapıldığının duruşmada usulen ikrar edilmesi ile mümkündür. Yalnız izin verildiği açıkça bildirilmek gerekir.

10) Prof. Dr. KURU Bakı - age. Sh. 483.

5 — Değişik 289 ncu maddenin uygulama sınırı nedir ?

Bu maddede bir önceki 288 nci madde uyarınca senetle kanıtlanması gereken hususlarda izin halinde tanık dinlenebileceğinden söz edilmektedir. O madde senede bağlanmamış durumlara ait olduğu halde 290 nci maddedeki hüküm senede bağlanmış, durumlarla ilgili olup şöyledir : (Senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı defî olarak ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukukî işlemler beş yüz liradan az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz). Böyle olunca 289 ncu maddenin sadece atıf yapılan 288 nci madde için uygulanabileceği gibi bir sonuca varılabilir. Ancak bu sağlıklı bir uygulama sayılamaz. Zira 1711 sayılı kanundan önce de senede karşı izin halinde tanık dinleniyordu. Yukarıda belirtildiği gibi kanunda yapılan değişiklik ile İçtihadı Birleştirme kararı kanun hükmü haline dönüştürülmüştür. İddia ve savunma senede dayansa bile karşı tarafın tanık dinletmeye izin vermesi halinde H. Y. U. K.'nun 289 nci maddesine uygun bir delil sözleşmesi yapılmış olmaktadır. Onun için 289 ncu maddedeki hüküm hem 288 nci maddedeki hallerde ve hem de 290 nci maddedeki durumlarda uygulanmak gerekir. Değişik 290 nci maddenin gerekçesinde sadece (290 nci maddedeki değişiklik, miktarın 288 nci maddeye uygun hale getirilmesinden ibarettir) denilmesi de görüşümüzü doğrulamaktadır. (11).

6 — Sonuç :

H. Y. U. K.'nun 289 ncu maddesinde yapılan değişiklikle, ilgili İçtihadı Birleştirme Kararı kanun hükmü haline getirilmiştir. Hattâ ondan daha da ileri gidilerek kanundaki tanık dinletme yasağının kamu yararı düşüncesi ile değil, tarafların yararını gözetmek için konulduğu nazara alınıp iznin tanıkların bildirilmesinden önce veya sonra verilebileceği kabul olunmuştur. Bunun sonucunda tanık'ların kimliklerinin bildirilmesinden sonra onların dinlenmesine izin verilip verilmeyeceğinin sorulmasına, o şekilde de yargılamanın uzamasına engel olunmuştur. Bu durum delil sözleşmesi serbestisinin bir sonucu bulunmaktadır.

Fakat sözü geçen kanun maddesi kanun yapma tekniği bakımından hatalıdır. Zira 287 nci maddede delil sözleşmesi yapılabileceği açıkça kabul edilmektedir. Buna rağmen 289 ncu maddenin sadece 288 nci maddeye atıf yapması isabetli olmamıştır. Daha açık bir söy-

11) Millet Meclisi Tutanak Dergisi - Dönem 3. Cilt 32 - 1711 sayılı kanun gerekçesi. Ayrıca Prof. Dr. KURU Baki - age. Sh. 482 de aynı görüşte olduklarını belirtmektedirler.

leyişle, değişik 289 ncu madde hem 288 nci maddedeki durumlarda ve hem de 290 nci maddedeki hallerde uygulanabilir. Onun için madde başındaki (288 nci madde uyarınca) kelimeleri karışıklık doğuracak mahiyettedir. Bunun daha önce hazırlanmış olduğunu bildiğimiz tasarı uyarınca H. Y. U. K.'nunda yapılacak büyük çaptaki değişiklik sırasında giderilmesi yerinde olacaktır.

Yararlanılan Eserler :

- 1 — Prof. Dr. KURU Baki - Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1974. Üçüncü baskı.
- 2 — Prof. Dr. BİLGE Necip - Medeni Yargılama Hukuku, 1967.
- 3 — Prof. Dr. POSTACIOĞLU İlhan E. - Medeni Usul Hukuk Dersleri, 1970.
- 4 — Millet Meclisi Tutanak Dergisi - Kanun Gerekçesi. Dönem 3, Cilt 32.