

## MEDENÎ USUL HUKUKUNDA DELİLLERİN TAKDİRİ

Yazan : Prof. Dr. Arwed BLOOMEYER  
Çev. : Doç. Dr. Turgut AKINTÜRK

Medenî usulde kazanmak veya kaybetmek, çoğu kere, mahkemenin hangi maddî durumu (Sachverhalt) subut bulmuş olarak kabul edeceğine bağlıdır. Bu itibarla ki, taraflar bakımından önem arzeden husus, hâkimin onların iddialarını, şahitlerin beyanlarını, ibraz edilen yazılı delillerin muhtevalarını; yani iddia ve müdafaayı ne şekilde *takdir edeceğidir*. Taraflardan her biri, ileri sürmüş olduğu vakıaların doğruluğu hakkında mahkemeyi ikna etmeye çalışır.

Bunda muvaffak olunamaz ise, o zaman hemen *isbat yükü* ile ilgili olarak şu çetin problem ortaya çıkar: Acaba dâva bakımından önemli olan bir vakıa *gayri kabili isbat* olduğu, yani ne bir tarafça isbat edilebilir ne de diğer tarafça çürütülebilir bir vakıa olduğu takdirde, bu, taraflardan hangisinin aleyhine olacaktır? Böyle bir hal için bizim hukukumuz, isbat yükü ile ilgili olarak bir çok kaide öngörmüştür; bu kaideler çok çeşitli noktai nazarlara dayanmaktadır :

İsbat yükü ile ilgili genel kaide şöyledir : Taraflardan her biri, kendi hakkını dayandırdığı hukuk kaidesinin vakıa unsurlarının mevcudiyetini isbat etmekle mükelleftir. Malûm olduğu üzere, medenî hukuk kaidelerini, ana kaideler ve istisnai kaideler şeklinde tefrik etmek, kanun koyucunun elindedir. Bir hakkın doğumu için gerekli olan şartların bir kısmı ana kaide halinde tesbit edilir ki, bu şartların mevcudiyeti, hakkın doğmuş olduğunu iddia eden tarafça isbat edilmek lâzımdır. İstisnai kaideler ise, ana kaidede öngörülen hakkın doğmayacağı halleri düzenlerler; binaenaleyh talepte bulunan tarafın hasmı, istisnai kaidedeki şartların mevcut olduğunu isbat etmek mecburiyetindedir.

Ana kaideler-istisnai kaideler tefriki, bizim konumuz bakımından önem arzeden bir başka noktai nazara, ezcümle işin normal ce-

reyanında bazı vakıaların büyük bir ihtimalle mevcut buldukları noktai nazarına da dayanmaktadır. Bu hususla ilgili bir kaç misal zikrederim: Normal olarak, yetişkin kimselerin akli melekeleri sağlamdır; binaenaleyh bu kimseler fiil ehliyetine sahiptirler. Bu itibardır ki kanun, fiil ehliyetinin bulunmaması haline müteallik olmak üzere istisnaî kaideler sevketmiştir. Böylece isbat yükü de düzenlenmiş oluyor. Bir akit yapılırken taraflardan birinin akıl hastası bulunduğunu kim iddia ederse, o, bir istisna olarak bu vakiayı isbat etmek mecburiyetindedir. Bu akdin müteber surette vücut bulabilmesi için gerekli olan şartlar, ezömle iradelerin karşılıklı olarak beyan edilmesi ve her iki tarafın da fiil ehliyetinin mevcudiyeti, isbat meselesi bakımından kanun koyucu tarafından müsbet veya menfi olarak çeşitli hukuk kaidelerinde tesbit edilmiştir ve buradan isbat yükünün kime düştüğü de anlaşılır .

İsbat yüküyle ilgili kaideler, vakıaların gayrı kabili isbat olmaları halinde kendilerini göstermektedirler; bunlar bir tarafın iddiasını isbat bakımından acz içinde bulunması halinde, bu iddianın doğruluğuna hâkimi ikna etmekte yardımcı olurlar. Fakat benim konum, *bizzat mahkeme tarafından delillerin takdiri* meselesidir. Burada her şeyden önce şu soruyu sormak gerekiyor: Acaba burada hangi kaideler cari bulunmaktadır?

Düşünülebilir ki, burada cari olan yegâne ve en tabii hukuk prensibi, hâkimin gerçeği araştırması ve hakikaten vuku bulmuş olan hadiseleri tesbit etmek zorunda bulunmasıdır. Hâkimin bu hedefe *nasıl* vasıl olacağı, onun akli selimine bırakılmak gerekir.

Şu anda, sizlerin benden daha iyi bildiğiniz «akıllı kadıyla ilgili fıkrayı» düşünüyorum: Dâvacı, dâvalıdan ödünç olarak vermiş olduğu 20 altını iade etmesini ister, amma dâvalı ondan aşla 20 altın ödünç almamış olduğunu söyler. Dâvacının hiç şahidi yoktur, o hep dâvalıya 20 altını belli bir incir ağacının altında vermiş olduğunu tekrarlar; fakat dâvalı böyle bir incir ağacından haberi olmadığını ifade eder. Gayet ümitsiz bir durum. Bu sırada kadı dâvacıya hitaben «git, şahit olarak o incir ağacını alıp buraya getir» der. Dâvacı hayretler içerisinde çıkıp gider; kadı, ondan sonraki dâvaları görmeğe devam eyler; bir müddet sonra birdenbire «dâvacının çoktan geri dönmüş olması lâzım» deyince dâvalı hemen «olamaz kadı efendi, zira o incir ağacı buradan çok uzakta» diye cevap verir. Gayet akıllı bir hâkim. İşte ideal bu olmalı.

Fakat bizim usul hukukumuzdaki delillerin takdirine müteal-

lik kaideleri kal'e almamak mümkün değil. Muayyen resmî işlemlerin emin bir *isbat kuvveti* vardır ki, hâkim bunları nazarı dikkate almak zorundadır: Şahsi hal memuru bir çocuğun doğumu hakkında belge verir; noter taraflar arasında bir akdi tanzim eder, veya bir taraf kendi el yazısıyla kefalet senedini yazıp imzalar. Burada hâkim, çocuğun tesbit edilmiş olan ananın çocuğu olduğu; tarafların noterin tanzim eylediği akdi yaptıkları; kefaletin bizzat kefilin imzasıyla akdedilmiş olduğu noktasından hareket etmek mecburiyetindedir.

Bizde bu çeşit kaideler eskiden daha çoktu. Meselâ daha yüz sene öncesinde bir şahidin beyanının ancak «yarım delil» olduğu kabul ediliyordu. Şahit böyle telâkki edildikçe, onun beyanı da o derecede inandırıcı oluyordu. Ama biz bugün bu konuda çok modernize olduk. Bizde Medenî Usul Kanunu, hâkimin delilleri serbestçe takdir etmesi prensibini çok açık olarak m. 286 da vazetmiştir:

«Mahkeme, duruşmanın cereyan tarzını ve ikame edilmiş olan delilleri gözönünde bulundurarak, maddî bir vakıanın gerçek mi, yoksa gerçeğe aykırı mı telâkki edileceğine *serbestçe kanaat getirerek* karar verir. Hükümde hâkimi o kanaata götürmüş olan sebeplerin belirtilmesi lâzımdır».

İşte, bizim Medenî Usul Kanunumuzun delillerin takdiri ile ilgili prensibi budur. Burada durum, sanki hâkim delillerin takdir edilmesinde *tamamen serbest*, yani hiç bir tahdide tâbi değilmiş gibi bir intiba yaratıyor. Lâkin bunun *hiç de* böyle olmadığını sizlere aşağıdaki izahlarımla göstermem gerekiyor.

## A. DELİLLERİN TAKDİRİ MÜKELLEFİYETİ

### I — Delillerin takdirinin kontrol edilmesi :

Şayet mahkemenin vermiş olduğu bir hüküm kanun yollarıyla, yani yüksek bir mahkeme tarafından kontrole tâbi tutulmamış olsaydı, hâkimin delilleri takdir yetkisinin hukukî esaslar ile ne derecede tahdit edilmiş olduğu meselesi sadece nazari bakımdan bir önemi haiz olurdu. Böylece delillerin takdirinde düşülmüş olan bir hata da, mahkeme hükmünün kesinleşmiş olmasıyla birlikte ehemmiyetsiz bir duruma düşerdi. Bizim Almanya'da kabul etmiş olduğumuz üzere, mahkemenin hükmüne karşı istinaf yoluna gitmekte aynı şey oluyor; zira istinaf mahkemesi hâkimi, talep üzerine delil-

leri yeni baştan takdir ediyor ve böylece maddî durumu kendi yetkisine istinaden tesbit eyliyor. Fakat sizdeki gibi bizde de temyiz yolu var. Burada hâkimin *hukuk kaidelerini* ihlâl etmiş olması, tabiatıyla delillerin takdiri bakımından dahi ihlâl etmiş olması, «hukukun ihlâli» olarak tekrar bir kontrole tâbi tutulabiliyor. Burada her şeyden önce Medenî Usul Kanunumuzun delillerin takdirine müteallik 286 ncı maddesinin ihlâl edilmiş olması hususunun bizde ne şekilde ele alındığı meselesine temas etmeliyim :

Bu asrın başlarına kadar bizde meşhur bilginler tarafından ileri sürülen bir görüşe göre, Temyiz Mahkemesi temyiz edilmiş olan hükmün *vaktaların tesbitine* müteallik kısmını kontrol edemez. Hâkim çalıştığı sabit olan bir eşyanın ziyedi bulunmayı hırsızlık emaresi saymasa veya hükmünde kalp sektesinin 8 gün önce vurulmuş olan bir tokattan ileri gelmiş bulunduğu kabul edilmiş olsa bile, Temyiz Mahkemesi daima bu vakta tesbitlerini aynen kabul etmek mecburiyetinde olacaktır.

Fakat bu konuda görüşler değişmiştir. Her şeyden önce vakta tesbitlerinde *çelişikliklerin* mevcut olduğu halleri zikretmeliyim; meselâ hükmünde, kefilin kefalet seredini bizzat imzaladığı yolunda şahidin inandırıcı beyanlarda bulunduğu hususu yer alıyor, amma devamla şöyle deniliyor: Bu suretle kefalet akdinin yapılmış olduğu hususu subut bulmamıştır. Bu, mantığa aykırıdır ve şüphesiz hükmün bozulmasını haklı kılar.

Buna mukabil, daha çetrefil olan durum şudur: Acaba hâkim, delilleri şöyle değil de böyle, meselâ genel hayat tecrübelerinin iktiza ettirdiğinden başka şekilde takdir etmek suretiyle hukukî esasları ihlâl etmiş olur mu, olmaz mı? İşte ben, bu suretle, *delillerin serbestçe takdiri yetkisinin hudutları* meselesine gelmiş oluyorum ki, bu, bizim temyiz yolunda çok dikkat edilen bir husustur.

## II — Delillerin serbestçe takdiri yetkisinin hudutları :

Kanun, hâkimin delilleri «serbestçe edindiği kanaata» göre takdir edebileceğini söylüyor. Tatbikat bakımından burada şu iki mesele ortaya çıkabilir: Hâkim, kendi serbest kanaatına göre bir vakıayı tesbit eder, fakat başkalarının böyle bir tesbite karşı tereddütleri olursa ne olacaktır? Veya tamamen aksi olursa, yani başkalarının mevcudiyetine kanaat getirmiş oldukları bir vakıanın mevcudiyetini hâkim kendi serbest kanaatına göre  *kabul etmezse* ne olacaktır? Bu ikinci ihtimal bir münakaşa yaratabilecek olan ve aşağıda zikredeceğimiz şu haldir :

Bizler gayet iyi biliyoruz ki, bir vakıanın tesbiti çoğu kerre % 100 bir kesinlikle mümkün olamamaktadır. Müsaadenizle kadı misaline döneceğim: Farzedelim ki dâvalı, incir ağacının altında dâvacıdan ödünç istemiştir, dâvacı da altınları ona ödünç olarak vermeğe amade bulunduğunu söylemiştir. Fakat tam bu esnada onları rahatsız eden bir durum zahir olmuş ve altınların teslimi vaki olmamıştır. Dâvacının incir ağacının altında bulunmuş olduğunu inkâr etmesi vakıasından *mutlaka* onun gerçeğe aykırı olarak parayı almış olduğunu *da* inkâr etmekte olduğu neticesi çıkarılamaz. Böyle bir durumun nazarı olarak muhtemel olması asla inkâr edilemez.

O halde, hâkim bütün böyle ihtimalleri nazara alıp da neticede karz iddiasını subut bulmamış sayacak olursa ne olacaktır? Burada hemen şu kaide karşımıza çıkıyor: «*Herhangi bir makul şahsın hayat tecrübelerine göre kanaat getirebileceği bir şeyde, hâkim halâ da tereddüt edemez*». Bu prensip bizim kazaî içtihatlarımızda müstakar olarak belirtilmiştir.

Lâkin buradan, delillerin serbestçe takdiri yetkisine konulmuş, oldukça önemli bir tahdit ortaya çıkıyor: Halâ da tereddüt etmenin gayri mâkul olacağı şekilde yüksek dereceli bir ihtimal (muhtemeliyet) ortada buldukça, hâkim bu ihtimali gerçek olarak kabul etmekle *mükelleftir*.

### III — Emare delili (Indizienbeweis) ve tecrübeyle netice çıkarma (Erfahrung)

Biraz evvel belirttiğimiz hâkimin takdir yetkisinin sınırlanması, özellikle delillerin doğrudan doğruya şahit veya görgüye dayanmadığı, fakat *emarelerden* bir vakıanın mevcudiyeti neticesinin çıkarıldığı hallerde özel bir önem kazanır, ki bu vakıayı hiç kimse doğrudan doğruya isbat edecek durumda değildir. Bir ev yanmıştır, bu ev yüksekçe bir meblâğa sigorta ettirilmiştir. Burada, bu evin bizzat sahibi tarafından ateşe verilmiş olduğu şüphesi doğuyor. İlk emare, ev sahibinin o zaman malî bakımdan kötü bir durumda bulunması oluyor. İkinci bir emareyi ise, yangın çıktığı gün evin sahibine iki bidon benzin satmış olan benzin istasyonu sahibinin ifadesi teşkil edebilir. Nihayet daha başka emareler, onun evi nasıl ateşe verdiğini hiç kimse görmemiş olmasına rağmen, evi yakının bizzat evin sahibi olduğu neticesine varmamızı mümkün kılabilir.

Şüphesiz bu gibi emarelerden çıkarılan netice (delil) daima

şüphelidir. (Malikin para sıkıntısı geçici idi; benzine kendi otomobili için ihtiyacı vardı. Hakikatte evi ateşe veren onun şahsı bir düşmanı idi). Ancak pek çok emare böyle pek büyük bir ihtimali ortaya koyabiliyor ise, hâkim bunu nazarı itibare almamazlık edemez.

Emarelerden muhtemel olduğu neticesi çıkarılan vaktanın *hayat tecrübelerine* de uyması gerekir. Tecrübe kaidelerinin (tecrübeyle netice çıkarma kaidelerinin) (Erfahrungssätze) -ki burada onlar üzerinde duruyoruz- hiç bir zaman tabiat kanunları gibi zorlayıcı bir kuvvetleri yoktur. Bunlar sadece hayatın normal cereyanı hakkında bilgi verirler, binaenaleyh sadece istatistiki bir mahiyetleri (statistische Gesetzmäßigkeit) vardır. Fakat öyleleri de vardır ki, bunlar *tipik ve devamlı surette tekerrür eden durumlarda* büyük ölçüde bir ihtimali (muhtemelliği) gösterirler. Bu kaidelerin -ki bunlara *genel tecrübe kaideleri* (tecrübeyle netice çıkarma genel kaideleri) (Erfahrungsgrundsätze) diyorum - hâkimin delilleri takdir yetkisi bakımından özel bir önemi vardır. Burada sizlere bununla neyi kasdetmekte olduğumu belirtmek üzere bir kaç örnek zikredeyim :

Bir bina inşa etmek üzere kâfi derecede emniyet tedbirleri alınmaksızın temel kazılmaktadır ve bunun üzerine komşu gayrimenkuldeki bir bina çökmüştür. Bir memur uzun müddetten beri gereği gibi ısıtılmayan, rutubetli bir lojmanda oturmaktadır ve bu memur mafsal romatizmasına yakalanmıştır. Bir motorlu araç yaya kaldırımına çıkmış ve orada bir şahsı yaralamıştır.

Bütün bu olaylarda hayat tecrübelerinden çok tipik neticeler çıkarılabilmektedir: Tedbir alınmaksızın temel kazılırken toprak gevşeyeceğinden pek tabii komşu ev çökmüştür; pek tabii uzun zamanda beri rutubetli, soğuk bir yerde oturmak mecburiyetinde bırakılan memur romatizmaya yakalanmıştır; pek tabii aracın sürücüsü yaya kaldırımına çıkmakla kusurlu hareket etmiştir.

Böyle hallerde bizim kazaî içtihatlarımız «ilk görünüş beyyinesi»ni (zahiri beyyineyi) (Beweis des ersten Anscheins) kabul etmektedir. Bunun mânası şudur: Şayet aksi sabit değilse, yani hilâfını kabul etmek için özel dayanaklar mevcut değilse, hâkim ağır basan muhtemeliyetten dolayı *tecrübeyle netice çıkarma kaidesine uymakla mükelleftir*.

**IV — Karşılık (mukabil) delil :**

Bir tecrübe kaidesi de daima şu ihtimali açık bırakır: Müşahhas bir olayda bir tecrübe kaidesinden çıkarılan netice her zaman gerçeğe uygun olmayabilir; binaenaleyh karşı tarafa, her zaman, carî tecrübe kaidesini çürütecek karşılık delilini ikame etme imkânı verilmelidir. Hasım tarafın ikame edeceği delil, emarelerin tek başlarına bir isbat kuvvetine sahip olmadıklarını, zira başka hal ve şartların bizi bunun aksine bir netice çıkarmağa zorladığını isbat zımında olacaktır. Bu arada şunu da belirteyim: Eğer hâkimin edindiği kanaat, onun görünüş beyyinesini kâfi görmeyeceği kadar *ciddî şüpheler* taşıyacak derecede *sarsılmış ise*, bu hal karşılık beyyine yerine geçecektir.

Fakat burada kazaî içtihatlar çok serttir: Hasım taraf öyle müşahhas özel hal ve şartları isbat etmelidir ki, bunlardan işin başka bir şekilde cereyan ettiği hakkında ciddî ihtimaller istihraç edilebilsin. Hasım tarafın, işin başka bir şekilde cereyan ettiğine dair bir sürü ihtimalin mevcut olduğunu söylemesi kâfi değildir. Hasım taraf öyle vakıaları iddia ve isbat etmek mecburiyetindedir ki, bunlardan müşahhas hallerde böyle bir ihtimalin mevcudiyeti kolaylıkla çıkabilsin.

İşte bizim kazaî içtihatlarımızın temel kaideleri böyledir. Genel tecrübe kaidelerinin (tecrübeyle netice çıkarma genel kaidelerinin) üç nevi ile ilgili misaller vermeme müsaade ediniz. Ki bu misallerden, görünüş beyyinesinin mahiyeti ortaya çıkacaktır. Bunlar da kusurlu hareket etme, illiyet bağı, ahlâk ve adaba aykırı davranışla ilgilidirler.

**V — Kusurlu hareket etme hakkındaki görünüş beyyinesi :**

İş münasebetlerinde lüzumlu olan ihtimamı göstermeksizin hareket etmek, kusurlu hareket etmek demektir (BGB § 276). Böyle dikkatsizce hareket edilmiş olmanın, herşeyden önce bir haksız fiil failinden tazminat talep edilirken isbat edilmesi gerekir. Bir kimşenin başkasının şahsına veya malına bir zarar vermiş olması kâfi değildir. Tazminat için onun kusurunun da bulunması icap eder ki, burada «ihmal» dahi kâfi gelmektedir.

Her hukuk nizamı başkalarının şahsına veya mallarına zarar verilmesini yasaklamıştır. O halde herkes kendisini bu nevi zararlar vermeyecek şekilde ayarlamak zorundadır. Fakat bir zarar ver-

me olayı (haksız fiil) vuku bulursa, bunun kusurla ika edilmiş olduğu hakkında bir kanaat ortaya çıkar ki, bu da akla yakındır. Fakat zarar verme olayı, tek başına hiç bir zaman bunun ihmalden ileri gelmiş olduğunu da isbat etmez. Burada görüntüş beyyineleri muayyen tipik durumlar hakkında büyük önemi haizdirler. Bununla ilgili bir kaç misal vereyim :

Bir motorlu araç sürücüsü geceleyin dümdüz ve geniş bir yolda arabasıyla yolun sağındaki bir ağaca çarpıyor. Araç tamamen hasara uğramıştır ve sürücü ile onun yanında oturmakta olan yardımcısı ölmüşlerdir. Şimdi yardımcının dul kalan eşi sürücünün mirasçılarından tazminat talep etmektedir. Bunun için sürücünün kusurunu isbat etmesi gerekmektedir. Fakat hal ve şartlar, yani dümdüz bir yolda arabanın sağdaki bir ağaca doğru hareket etmiş olması, sürücünün kusurlu olduğu hususunda bir görünüş beyyinesi teşkil etmeye kâfi gelmektedir; zira aracın trafik kurallarına uygun surette sürülmesi halinde, onun yoldan başka tarafa doğru hareket etmesi asla vaki olmaz.

Amma sürücüye bu olayda hiç bir kusurun izafe edilemeyeceği de muhtemel olabilir. Meselâ sürücü, trafik kurallarına aykırı şekilde karşıdan gelmekte olan bir araçtan kaçmak için son anda direksiyonu kırmış olabilir. Ancak, böyle bir durumun mevcudiyetine dair hiç bir emare yoktur. O halde görünüş beyyinesine uymak gerekecektir.

Aşağıdaki olayda ise daha başka bir durum söz konusudur : Otobanda (Autobahn) [1] bir kamyon, önünden gitmekte olan bir küçük otomobili çiğneyip geçiyor. Otomobilde yalnız başına seyahat etmekte olan sürücü ölüyor. Amma, otomobilin ikinci vitesle, yani otobanda mutad olmayan bir vitesle gitmekte olduğu tesbit ediliyor. İlk görünüş beyyinesi, kamyon şoförünün kusurlu olduğu yolundadır; zira otobanda önündeki araç yavaş gitmekte olsa bile, kamyon şoförünün kendi sür'atini ona göre ayarlaması gerekirdi. Fakat sonradan, otomobilin biraz evvel otobanın yan tarafındaki park mahallinden ana yola çıkmış olduğu tesbit edilirse, durum derhal aksine olacaktır. Burada hemen otomobilin kamyon şoförü tarafından zamanında görülemeyeceğine, binaenaleyh onun kusurlu olmadığına dair ciddi bir ihtimal ortaya çıkar.

[1] **Çevirenin notu** : Autobahn'ı türkçeye «ekspres yolu» olarak çevirmek mümkün ise de, henüz yerleşmiş bir terim olmadığından bu terimi kullanmaktan kaçındık.



Tababetten bir misal : Bir miğde ameliyatından sonra hastanın ateşi birden bire yükseliyor. Bunun üzerine hasta tekrar ameliyat ediliyor ve bu ameliyatta daha önceki ameliyatta orada unutulmuş olan 10 cm. uzunluğundaki bir pens bulunuyor. Bu olayda görünüş beyyinesi, ameliyatı yapan hekimin kusurlu olduğu yolundadır.

Bununla beraber, öyle haller de vardır ki, bu hallerde kusurun bulunmadığının kabul edilmesi gerekir. Meselâ, ameliyatın harp esnasında ve topçu ateşi önünde mum ışığında yapılmak zorunda bulunması ve bir pensin orada bırakılmış olmasının diğer tehlikelere nazaran kaçınılmayacak bulunması halinde olduğu gibi.

#### VI — İlliyyet bağı hakkındaki görünüş beyyinesi :

Belli bir davranışın bir neticenin doğumunu intaç etmiş olup olmadığı, tazminat talep edildiği takdirde oldukça önemli olan bir mesele teşkil eder; tazminata muhatap olan bir kimse ancak kendisinin sebebiyet vermiş olduğu zararları tazmin edecektir. Burada da görünüş beyyinesinin önemi vardır. Bununla ilgili bir kaç misal vereyim :

Patronunun kendisini yetkili kılması üzerine bir hizmetli, firma namına bir başkasıyla bir akit yapıyor. Sonradan, karşı tarafın bu hizmetliye rüşvet verdiği ortaya çıkıyor. Bu vakıadan zaruri olarak, hizmetlinin bu akittteki gayri müsait şartları eğer kendisine rüşvet verilmemiş olsaydı kabul etmeyeceği neticesi çıkarılamaz. Fakat bizim kazaî içtihatlarımız, rüşvet verme olayının akdin muhtevasına tesir etmiş olduğu hakkında bir görünüş beyyinesini kabul etmiştir.

Tamamen başka bir misal : Bir yüzme havuzu işletmesinde, yüzme bilmiyenlerin tehlikesizce girebileceği havuz, kurallara aykırı olarak bir iple işaretlenmemiştir. Günün birinde yüzme bilmiyen bir şahıs, iple işaretlenmesi gereken bu kısmın hemen biraz ötesinde sessizce sulara gömülüp boğuluyor. Burada ortaya şu mesele çıkıyor: Acaba boğulmaya havuzun iple işaretlenmemiş olması mı sebebiyet vermiştir? Bir mahkeme bunu muhtemel görmemiştir; zira boğulma tehlikesine maruz kalan kimseler ekseriya çırpınmaya başlarlar ve bağırlarlar. Belki de yüzme bilmiyen bu kimse bir şok geçirmiş ve bayılmıştır. Temyiz Mahkemesi ise burada olayın vukuunun, havuzun iple işaretlenmemiş olmasından ileri geldiği hakkında bir görünüş beyyinesini kabul etmiştir: Boğulmuş olan şahsın hasta olduğu tesbit edilmemiştir; sessizce batmış olmak tek

başına bunu isbata kâfi değildir. Ben bu kararı tamamen doğru buluyorum. Çok muhtemeldir ki, yüzme bilmiyen şahıs, birdenbire ayaklarının altında zemin olmadığını bir anda farketmiş ve bundan büyük bir korkuya kapılmış, bu korku da kalp sektesini veya baygınlığı tevhit etmiştir. Bu da illiyet rabıtası olarak kâfidir.

Şimdi de tamamen aksine bir misal : Şehir zabıta talimatnamesine göre kışın yaya kaldırımlarının buz tutma halinde saat 7 ye, karla kaplanma halinde ise saat 8 e kadar temizlenmesi gerekmektedir. Bir kimse saat 7 ile 8 arasında yaya kaldırımında düşmüş, fakat onun buz tutması yüzünden mi, yoksa kardan mı kaymış olduğu anlaşılamamıştır. Eğer kardan kaymışsa tazminat talep edemeyecektir; zira bu durumda yaya kaldırımının saat 8 e kadar kardan temizlenmesi gerekmektedir. Acaba burada bu şahsın buz tutması yüzünden düşmüş olduğu yolunda bir görünüş beyyinesi var mıdır? Bu scruya menfi cevap vermek gerekir: zira işin mutad cereyanına göre sokaklarda kaideten buz tutma hali görülmez, karla kaplı olma hali daha normaldir.

#### VII — Şahsî davranışlardan netice çıkarma hakkındaki görünüş beyyinesi :

İnsan davranışları hakkında genel tecrübe kaideleri (tecrübeyle netice çıkarma genel kaideleri) de pek tabii düşünülebilir. Biz bunlarla mahrum kalınan kârın tazmini meselesinde meşgul oluyoruz. BGB, § 252 de, yapılan hazırlıklara ve alınan tedbirlere göre büyük bir ihtimalle beklenilebilen kazancın, mahrum kalınan kâr sayılacağını tesbit ediyor. Bu konuda kazai içtihatlar, meselâ bir tüccarın enflasyonda paranın değerinin düşmesinden zarar görmemek üzere kendisine ödenmiş olan parayı derhal mala yatırması icap edeceğini kabul ediyor. Fakat şahsî davranışlardan netice çıkarma bu görünüş beyyinesiyle pek az uyuşabiliyor. Düşününüz ki, yanmış olan ev sigortalıdır; malikin evini sigorta tazminatını almak için yakmış olduğuna dair hiç bir görünüş beyyinesi yoktur. Bununla beraber kazai içtihatların neticede görünüş beyyinesine müracaat ettiği durumlar da vardır :

Bir ölüme bağlı tasarruf, murisin evlilik dışı münasebet kurduğu bir kadına sırf bu münasebet saikiyle bir mal vasiyet etmiş olmasından dolayı ahlâk ve adaba aykırı olabilir. Şayet bu tasarrufun saikini evlilik dışı münasebet teşkil ediyorsa, bu vasiyet ahlâk ve adaba aykırıdır. Ancak, murisi böyle bir tasarrufta bulunmağa hangi düşüncelerin sevk etmiş olduğunu isbat etmek çok güçtür ve

ahlâka aykırı saiki, bu tasarrufun bu sebepten ötürü butlanını iddia eden kimsenin isbat etmesi gerekir. Fakat kazai içtihatlar burada şu görünüş beyyinesini kabul etmiştir: Şayet muris musaleh ile uzun zamandan beri gayri meşru münasebette bulunmakta ise, onu bu tasarrufta bulunmağa bu durum sevk etmiştir. Bunun üzerine musaleh, böyle bir tasarrufun yapılmasında esas rolü başka inandırıcı sebeplerin oynamış olduğu hakkında karşılık beyyine ikame etmek mecburiyetindedir. Kazai içtihat tamamiyle tasvibe şayandır. Burada ölüme bağlı tasarrufa normal olarak saik teşkil edecek münasebetler mevcuttur.

### B. DELİLLERİN TAKDİRİNİN TEMYİZ MAHKEMESİ TARAFINDAN KONTROLU

Modern doktrine göre, genel tecrübe kaideleri (tecrübeyle netice çıkarma genel kaideleri), hâkimin delilleri takdir ederken başvuracağı salim insan düşüncesinin ve hayat tecrübelerinin kaideleridir. Medenî Usul Kanunu m. 286 hâkime delillerin serbestçe takdiri yetkisini bahşederken buna atıfta bulunmaktadır. Binaenaleyh hâkim bu kaidelere uymazsa, verdiği hüküm m. 286'yı ihlâl etmiş olur. Bu hukuk kaidelerinin ihlâl edilmiş olmasından dolayı da temyiz yolu açıktır. Mamafih bu, tabiatıyla her müşahhas durumda sınırlandırılmalıdır.

#### I — Kontrolün hudutları :

Genel tecrübe kaideleri m. 286'nın muhtevasına dahil sayılırsa, Temyiz Mahkemesi temyiz edilmiş olan hükmü vermiş bulunan hâkimin, hayat tecrübelerini gözönünde bulundurmuş olup olmadığına tamamen serbest bir şekilde karar verebilecektir. Ancak, böyle bir halde Temyiz Mahkemesi İstinaf Mahkemesinin kanaatının yerine bizzat kendisinin serbestçe edindiği kanaati ikame etmiş olur. Modern doktrine göre, Temyiz Mahkemesi bu kadar ileri gitmemelidir. Buna uygun olarak Temyiz Mahkemesinin içtihatları, Temyiz Mahkemesinin kontroluyla ilgili hudutları tesbit etmiştir. Bu hudutları tecrübe kaideleri ve genel tecrübe kaideleri bakımından ayrı ayrı belirteceğim.

#### II — Tecrübe ve genel tecrübe kaidelerinin nazarı dikkate alınmaması :

Vakiayı tesbit eden hâkimin bir tecrübe kaidesini bilmemesi, yanlış anlamış olması veya mevcut olmayan bir tecrübe kaidesine

istinat etmiş bulunması bir güçlük yaratmaz. Böyle bir hata daima temyiz edilebilir. Buna mukabil, hâkimin müşahhas bir olayda tecrübe kaidesine izafe eylediği isbat kuvveti bakımından vaziyet değişir. Burada Temyiz Mahkemesi şöyle demiştir :

Hâkimin tecrübe kaidelerinin isbat kuvvetini, müşahhas olayda kendini sınırlayabilen özel subut sebepleriyle karşılaştırması, vakıa hâkiminin delilleri serbestçe takdir etmesidir, binaenaleyh temyiz kontrolünün dışında kalır. Burada hâkimin, kontrolden masun olan takdir sahası söz konusu oluyor. Hâkim tecrübe kaidelerini gözönünde bulundurmak kaydıyla, bunları lehte veya aleyhte takdir etmekte serbesttir.

2. Bu serbestî genel tecrübe kaidelerinde tahdit edilmiştir. Bu genel kaideler ancak başka bir vakıalar silsilesinin mevcudiyetini cidden ömkân dahiline sokan özel vakıaların varlığı halinde kuvvetten düşürülebilirler. Böylece hadisenin başka türlü cereyan etmiş olduğunu gösteren özel vakıalar isbat edilmedikçe hâkim, bir tecrübe kaidesini ihmal etmemelidir. Ancak burada da bir mana da hâkimin kontrolden masun bir takdir yetkisi vardır: Bu da, vakıaların hadisenin başka şekilde cereyan ettiği şeklindeki ihtimalinin, ciddi bir ihtimal olup olmadığını takdirdir. Bu, *ihtimalin derecesine* taalluk eder ve burada da hâkim ihtimalin ciddi olup olmadığını serbestçe takdir eder.

### C. NETİCELER

1877 senesinde vazedilmiş olan Medenî Usul Kanununun lafzî manasını bir çok yerlerinde değiştiren, geliştiren aşağı yukarı yüz yıllık bir mahkemeler tatbikatına dayanması, bizim usul hukukumuzun bir hususiyetidir. Görünüş beyyinesi ile ilgili teori tamamen böyle bir kazaî içtihatlar gelişiminin neticesidir. Bu gelişimin çok yerinde bir gelişim olduğu kanısındayım. Geçen asrın isbat kaidelerinin aksine, kazaî içtihatlarımız esas ağırlığı *tipik hadiselerin hep aynı şekilde karara bağlanmasına* vermiş ve böylece teknik münasebetlerdeki, meselâ trafik alanındaki gelişmeleri yakından takip etmiştir. Modern yoğun iş münasebetleri bizleri yeni meselelerle karşı karşıya bırakmaktadır. *Tipik olarak aynı olan* (birbirine benzeyen) *bu hadiselerin hep aynı şekilde karara bağlanmasını sağlamak*, temyiz içtihatlarına düşmektedir. Bu esas, hattâ dâvanın cereyanına tesir eden vakıa tesbitleri hakkında da carî olmalıdır.